

**JURISDICCIÓN INDÍGENA VS JURISDICCIÓN ORDINARIA A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DEL AÑO 1991**

Presentado por:

CARLOS EDUARDO AYA VILLALBA

JOHN ALEJANDRO CUTHA PINTO

JUAN MANUEL MOLINA QUINTERO

MONOGRAFÍA DE INVESTIGACIÓN

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C

2019

**JURISDICCIÓN INDÍGENA VS JURISDICCIÓN ORDINARIA A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DEL AÑO 1991**

Presentado por:

CARLOS EDUARDO AYA VILLALBA

Código: 041131625

JOHN ALEJANDRO CUTHA PINTO

Código: 041131468

JUAN MANUEL MOLINA QUINTERO

Código: 041131186

Presentado a:

PAULA MAZUERA AYALA

MONOGRAFÍA DE INVESTIGACIÓN

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2019

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo va dedicado a nuestros familiares, en especial a nuestros padres que nos brindaron su apoyo anímico, económico e incondicional para elaborar cada uno de los procesos o tramites que surgieron en el transcurso de la monografía.

AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento muy ameno a cada uno de nuestros familiares por su apoyo incondicional y, por consiguiente, a nuestra alma máter, institución Universidad Libre de Colombia por permitirnos realizar el presente trabajo monográfico y por brindarnos las herramientas para materializarlo.

AUTORIDADES ACADÉMICAS

PRESIDENTE Jorge Alarcón Niño

VICEPRESIDENTE Jorge Gaviria Liévano

RECTOR NACIONAL Fernando Enrique Dejanón Rodríguez

SECRETARIO GENERAL Floro Hermes Gómez Pineda

CENSOR NACIONAL Ricardo Zopó Méndez

PRESIDENTE SECCIONAL Julio Roberto Galindo Hoyos

RECTOR SECCIONAL Jesús Hernando Álvarez Mora

DECANO Fernando Arturo Salinas Suárez

SECRETARIA ACADÉMICA Ana Rocío Niño Pérez

COORDINADOR ACADÉMICO CAMPUS EL BOSQUE POPULAR

Alejandro Arévalo Gómez

DIRECTORA INSTITUTO DE POSTGRADOS (E) Nohora Elena Pardo Posada

DIRECTOR CENTRO DE INVESTIGACIONES John Fitzgerald Martínez Vargas

DIRECTORA CONSULTORIO JURÍDICO Mabel Bonilla Correa

COORDINADORA CONSULTORIO JURÍDICO CAMPUS EL BOSQUE POPULAR

Martha Cecilia Prieto Quintero

JEFE DE ÁREA DE DERECHO PÚBLICO Hernando Peña Salguero

JEFE DE ÁREA DE DERECHO PENAL Sonia Esperanza García de Sarmiento

JEFE DE ÁREA DE DERECHO LABORAL Diana Patricia Jiménez Aguirre

JEFE DE ÁREA DE DERECHO PRIVADO Nelson Francisco Torres Martínez

JEFE DE ÁREA DE DERECHO PROCESAL

Juan Alberto Torres Cortés

JEFE DE ÁREA DE SOCIALES

Felipe Guzmán Lozano

COORDINADOR ÁREA DE INVESTIGACIÓN

Belisario Daza González

COORDINADORA ÁREA DE ELECTIVAS

Luz Marina Gutiérrez Gómez

TABLA DE CONTENIDO

CAPITULO PRELIMINAR	1
INTRODUCCIÓN	1
OBJETIVOS	5
Objetivo General.....	5
Objetivos Específicos	5
METODOLOGÍA.....	6
CAPÍTULO 1. LA JUSTICIA INDÍGENA: DE LA ANCESTRALIDAD AL DESARRAIGO	9
1.1. UN ENFOQUE HISTORICO-SOCIAL	9
1.1.1. Una mirada histórica a la normatividad indígena	11
1.1.2. El nefasto descubrimiento y lo que sobrevendría después.....	17
1.1.3. La Constitución del año 1991, una luz al final del sendero.	22
CAPÍTULO 2. UNA COMPARATIVA QUE MERECE SER ANALIZADA Y DIFERENCIADA PARA LA APLICACIÓN DE LA IDONEIDAD Y LA AUTONOMÍA	32
2.1. Carencias que imposibilitan la idoneidad y la autonomía.....	39
2.2. La ignominia ante una justicia inoperante	49
2.2.1. La Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena, estudio de casos de violencia sexual contra niños y mujeres: Corte Suprema.	54
CAPÍTULO 3. LA MAYORÍA DE EDAD DE UNA JURISDICCIÓN AUTÓNOMA E IDÓNEA FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD	60

3.1. Garantías para no vulnerar derechos.....	69
3.2. Coordinación: una alternativa eficaz ante la impunidad en la JEI	72
CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFÍA	82

CAPITULO PRELIMINAR

INTRODUCCIÓN

Solo hasta 1991 los indígenas en Colombia fueron tenidos en cuenta por el estado como legítimos y verdaderos colombianos gracias a la transformación de la Constitución Política, hecho trascendental que logró garantizar para ellos el acceso a los derechos fundamentales, los cuales nunca habían logrado para sus comunidades por innumerables factores, entre otros, el desconocimiento del que fueron merecedores por parte de la cultura occidental de todos los aspectos que los hacen dignos como sujetos políticos, culturales y sociales.

La Constitución Política del año 1991 garantizó a los diversos grupos indígenas el derecho a preservar y mantener su territorio¹ y dentro de él garantizar su propia autonomía como comunidad; impidió que continuara la vulneración de sus derechos fundamentales, brindándoles a su vez la oportunidad de preservar, defender y transmitir sus costumbres y valores a las nuevas generaciones al interior de sus comunidades.

De este modo la Constitución se propuso crear zonas o entidades territoriales especiales reconocidas a los indígenas, las cuales les garantizan la permanencia en un determinado espacio sin ser vulnerados ni desplazados por ningún motivo ni actor; pero con esta garantía se debía también propender por preservar sus costumbres y respetar su organización intrínseca, su cultura, su cosmovisión y su autonomía para que ellos tomaran sus propias decisiones y solucionaran sus propios conflictos. De esta necesidad de garantizar la autonomía y la preservación del orden social y cultural de las familias indígenas sobrevivientes y existentes en Colombia, se derivó la necesidad de garantizar que cada comunidad indígena

¹ COLOMBIA. Constitución Política. Título XI De la organización territorial. CAP. 4 Del régimen especial. ART 330.

tuviera también una “Jurisdicción Especial Indígena”² (la cual en adelante denominaremos JEI), es decir, la oportunidad de dirimir y solucionar los conflictos y los actos punibles o delitos que se presenten al interior de sus comunidades, de manera autónoma, de acuerdo a sus costumbres, creencias y prácticas ancestrales.

Esto quiere decir que cada comunidad autónomamente puede y debe tener una organización jurídica, un sistema de normas, derechos y deberes, leyes, conductas, preceptos y por ende sanciones y castigos consecuentes con las conductas sancionables de sus integrantes, cuando estas atentan contra el bienestar, la paz, y el derecho que posee inalienablemente cada uno de sus integrantes de poder convivir en comunidad.

Dicha jurisdicción territorial especial, en cada una de las distintas y diversas comunidades indígenas existentes en nuestra nación, tiene actualmente plenas facultades legales y se circunscribe para todos los miembros de la comunidad identificados culturalmente y tiene efectos jurídicos y legales al interior del territorio determinado a cada comunidad.

Hasta aquí, no se presenta ninguna dificultad. Al contrario, se garantiza a todas las comunidades indígenas su derecho al territorio y a su autonomía. El problema aparece cuando se presentan determinados actos punibles o delitos al interior de la comunidad indígena que vulneran los derechos humanos o también denominados de primera generación, los derechos sexuales hacia las mujeres o los derechos consagrados de la niñez; de igual forma los que están relacionados con el narcotráfico, el terrorismo, el orden público; también cuando estos delitos son cometidos fuera de la jurisdicción territorial (restricción geográfica); cuando hay involucrado en ellos una persona que no pertenece a la comunidad indígena o que pertenece a otra etnia diferente o cuando el acto punible no está tipificado

² COLOMBIA. Constitución Política. Art 246. 1991

taxativamente por la justicia de la comunidad y de este modo requiere de un tratamiento especial para el cual no está ni constituida ni preparada la jurisdicción especial indígena, en cuyo caso no se garantiza el justo castigo y el debido proceso, sino además el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, de los móviles del delito y la identificación de los victimarios. De este modo no se garantizan los derechos y la reparación a quien o quienes han sido las víctimas de dichos actos punibles.

La JEI debe tener todo un derecho procesal a través del cual se determine el proceso y las prácticas a seguir en la solución de actos punibles y delictivos presentados en todas y en cada una de las jurisdicciones territoriales indígenas³. Si se pretende que la JEI sea autónoma, esta debe cumplir a cabalidad con la finalidad del derecho procesal que es, hallar una verdad construida que satisfaga los fines esenciales del estado y en correlación a los principios fundamentales del derecho procesal penal, teniendo en cuenta las versiones dadas por las partes y el análisis profundo y concentrado de la prueba, ya que en este momento y en muchos de los casos analizados por la presente investigación existe una desproporcionalidad jurídica en la JEI entre el delito cometido y la pena impuesta.

Ante lo anterior, se hace necesario realizar un análisis detallado del desarrollo o evolución de dicha JEI. Dicho análisis se hará realizando una comparación de manera histórica en lo que tiene que ver con el desarrollo y aspectos que fueron reformados desde el momento que empezó a regir la Constitución del año 1991.

Algunos aspectos o situaciones que se pueden observar son los relacionados con sus normas o leyes y cuándo se requiere que la justicia ordinaria intervenga y actúe, como también aportes o elementos que hagan de estas jurisdicciones, estamentos y estructuras judiciales verdaderamente efectivas e idóneas al interior de las comunidades indígenas, que garanticen un tratamiento jurídico satisfactorio desde la perspectiva enfocada a la justicia de cada uno de los actos punibles o delitos que

³ RUEDA CARVAJAL, Carlos Eduardo. "El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia." Bogotá D.C. 2008

se presentan en la comunidad indígena en los cuales esté involucrado alguno de sus integrantes, y también que exista el cumplimiento de todos los derechos que como estado, Colombia debe garantizar a todos y cada uno de sus habitantes; es decir, Colombia y en especial el estado, debe garantizar una verdadera estructura judicial para todos, la cual debe cumplir con todos los requisitos procesales que se dan en la jurisdicción ordinaria y que garantice el cumplimiento de los derechos constitucionalmente amparados para todos sus habitantes, sean de la cualquier tipo de condición.

De este modo surge una pregunta vital que la presente investigación busca darle respuesta:

¿Cuál ha sido el desarrollo histórico de la Jurisdicción indígena vs la Jurisdicción ordinaria en Colombia a partir de la Constitución Política del año 1991? A su vez, de esta pregunta y ante lo planteado anteriormente, se genera todo un entramado de cuestionamientos e inquietudes, el cual se busca abordar en el presente trabajo monográfico y solucionar con esmero y dedicación, a saber:

El presente trabajo de investigación de ningún modo pretende realizar una crítica destructiva de la JEI ni mucho menos propender por su desaparición frente a la justicia ordinaria sino, al contrario, fortalecerla y colaborar en el mejoramiento de su autonomía a través de la identificación de sus debilidades y falencias para que prontamente cumpla a cabalidad con la función que le ha otorgado la Constitución del 91 en lo principal sobre pueblos indígenas y su manera de solucionar sus propios conflictos de manera autónoma.

OBJETIVOS

Objetivo General

Determinar el desarrollo histórico entre la Jurisdicción especial indígena y la Jurisdicción ordinaria a partir de la Constitución Política del año 1991.

Objetivos Específicos

Esta perspectiva implica abordar otros aspectos u objetivos específicos, los cuales se derivan del objetivo principal a saber:

- Analizar el desarrollo histórico de las principales comunidades indígenas en Latinoamérica.
- Establecer las principales diferencias de la Jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria.
- Identificar las principales falencias de la Jurisdicción especial indígena con respecto a los derechos humanos en relación a los menores de edad.

METODOLOGÍA

La estrategia metodológica utilizada en la presente monografía será desarrollada a través de un tipo de investigación jurídico, se tuvo como base las fuentes formales del derecho (principalmente en la jurisprudencia y la ley).

El enfoque metodológico o epistemológico será histórico-hermenéutico, se hace una revisión estructurada de la jurisprudencia para la solución al problema planteado.

El método de investigación que se utilizará será jurídico-descriptivo con enfoque cualitativo, (de lo general hacia lo particular) puesto que se pretende analizar la situación de determinadas comunidades indígenas y así determinar su autonomía y organización.

Las fuentes de recolección de la información primarias que se emplean en el trabajo de investigación se enfocan en la revisión de la jurisprudencia, el análisis legislativo y la doctrina relativa a la temática planteada.

En relación a las técnicas de análisis de la información se encontró adecuado analizar la jurisprudencia por el método de fichas jurisprudenciales las cuales identifican los aspectos y conceptos más relevantes de cada sentencia para asociarlo con cada objetivo específico planteado.

En este orden de ideas, para analizar la ley se tendrá como método el análisis sistemático del derecho, esto se hará por medio de la revisión de normas no como individuales si no dentro del sistema jurídico colombiano.

En relación a la doctrina, la técnica que se utilizara consiste en el estudio por medio de fichas bibliográficas siempre identificando lo más importante con el tema propuesto.

Capítulo 1: La justicia indígena: de la ancestralidad al desarraigo. Un enfoque histórico-social. Se realizó un recorrido histórico a través del tiempo, en el cual se expondrá la transformación que han tenido las leyes y la normatividad indígena, así como las penas y castigos impuestos por estas comunidades a los casos de infracciones y delitos cometidos en su interior hasta la consolidación de la JEI otorgada por la Constitución Política del año 1991.

Capítulo 2: Una comparativa que merece ser analizada y diferenciación para aplicación de la idoneidad y la autonomía. Se pretende efectuar un estudio de toda la legislación que afecta directamente a las etnias indígenas en materia de justicia y que tiene que ver directamente con su autonomía, como también hacer un análisis de algunos casos que afectan los derechos fundamentales que se han presentado en las comunidades y así destacar algunas sentencias importantes que han abordado y dirimido dichas situaciones. Delimitaremos el tema solamente a ciertas comunidades representativas que ejercen la JEI y solamente a los casos acontecidos o sucedidos desde el año 2015 hasta la actualidad. Se evaluarán algunos procesos en los cuales se ha vulnerado a la víctima por parte de la JEI, en cuanto a la instauración de penas desde el año 2015 hasta la actualidad.

Ya que existen vacíos normativos frente a los conflictos de competencia y ordenamiento jurídico que involucran directamente a la ley de coordinación entre las dos jurisdicciones, a saber la JEI y la justicia ordinaria, y debido al pluralismo jurídico y dado que no existe una ley general que regule de manera conjunta la relación existente entre las dos jurisdicciones, nos proponemos develar dichos vacíos y falencias y establecer un orden de prioridades que permitan generar un plan de mejoramiento de dicha JEI. Este tema no ha sido tratado en el Congreso de la República y ha sido la Corte Constitucional mediante sentencias la que ha legislado al respecto.

Para realizar una mirada global al problema en cuestión analizaremos el marco legal de la JEI a la luz de la constitución; también observaremos varias noticias expuestas por los medios de comunicación y retomaremos otros estudios al respecto como

ponencias, tesis, textos y artículos para dar un fundamento teórico, conceptual y epistémico a la investigación.

Capítulo 3: La mayoría de edad de una jurisdicción autónoma e idónea frente a la vulneración de los derechos de las menores de edad. En este capítulo pretende brindar desde lo estructurado con anterioridad y luego del análisis detallado de todos y cada una de los aspectos que al parecer interfieren e impiden que la JEI sea realmente autónoma, un plan de mejoramiento a través del cual se logre optimizar la JEI para que cumpla con las exigencias y con los propósitos para los cuales fue creada en la Constitución de 1991 entre los cuales está el de garantizar a las comunidades indígenas la plena autonomía en cuestión judicial para que estas diriman sus conflictos de un modo idóneo.

CAPÍTULO 1. LA JUSTICIA INDÍGENA: DE LA ANCESTRALIDAD AL DESARRAIGO

1.1. UN ENFOQUE HISTORICO-SOCIAL

Debido a que los indígenas a partir de la Conquista de América tuvieron que enfrentar toda su realidad condicionados a los intereses puramente económicos del imperio español el cual se enfocaba primordialmente en la explotación de las riquezas, la obtención del territorio y de su explotación en beneficio de los intereses de la Corona. y dada la condición de vulnerabilidad de los indígenas ante los modelos económicos subsiguientes a la colonia hasta finales del siglo XX fueron reduciéndolos a unos pequeños territorios o resguardos indígenas. Esto ocurrió porque el objetivo fundamental de dichos modelos fue siempre la apropiación de los territorios indígenas para su explotación económica y por ende, toda su cosmovisión y su estructura jurídica tuvo que estar condicionada a la economía preponderante en cada periodo de desarrollo histórico, y dado que la JEI establecida en la Constitución Política de Colombia del año 1991 es un logro social reivindicativo de los derechos sociales de los indígenas de nuestro país, el propósito estará en la parte sustancial para abordar la presente investigación bajo una óptica económica ya que, existe un determinismo económico en el desarrollo del tema de investigación, el desarrollo de la justicia al interior de las comunidades indígenas y la consecución de su verdadera autonomía⁴.

Es necesario realizar una mirada desde el “economicismo”⁵ ya que como lo expresa Marx: “El modo de producción de la vida material determina el modo de actividad social, política e intelectual. Por tanto, no es la conciencia del hombre la que explica

⁴ URQUIJO, José Ignacio. Teorías de las relaciones sindicato-gerenciales. Universidad Católica Andrés. 1995.

⁵ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.

su manera de vivir, sino, por el contrario, su existencia social es la que explica su conciencia”⁶.

Sin embargo, no es el factor económico el único decisivo en el trascurso de la historia; es necesario observar y tener un enfoque panorámico de toda la realidad. Superar el formalismo, el positivismo y la ausencia de un pensamiento crítico y transformador en la investigación en derecho, y enfocarse en la realización de temas científicos, interdisciplinarios, socialmente comprometidos con la justicia social y con la libre utilización de los derechos para propiciar el desarrollo económico y social del ser humano.

Sólo el pensamiento libre, la investigación sin ninguna clase de dogma, en un ambiente racional y democrático a través de la investigación científica puede propiciar el fin social que es esencial al derecho al interior de la sociedad.

“La búsqueda pudiera dirigirse a estudiar cómo opera el derecho en la realidad social, cómo se vive, cómo se percibe, cómo se construye, cómo se produce; éstas y otras preguntas dirigidas a la investigación de la realidad social del derecho, indicarían, que la mirada en nuestro caso debe darse desde la sociología del derecho”⁷.

Se podría considerar así, en la presente investigación y en relación a Sergio Roberto Matías el derecho en su siguiente expresión:

⁶ MARX, CARLOS; ENGELS, F. VI Lenin. *Antología de Economía Política*, p. 197-198.

⁷ GIRALDO ÁNGEL, Jaime. “Los supuestos teóricos de la investigación socio jurídica”.

[En línea] Disponible en:
http://www.redsociojuridica.org/documentos/supuestos_teoricos_investigacion_sociojuridica.pdf.
2009

“el derecho y en especial su componente jurídico es un producto del hombre en su condición de ser social, que reproduce todas sus contradicciones ideológicas, políticas, económicas, sociales, e históricas, pudiendo afirmarse que la sociedad hace al derecho y el derecho regula la sociedad en toda su complejidad y, en consecuencia, es un producto social. Las relaciones jurídicas deben investigarse, encontrarse en el conjunto de relaciones sociales de las cuales hacen parte y en su desarrollo histórico. Se trata de aplicar un enfoque interdisciplinario, integrando el derecho con la filosofía, la ciencia política, la sociología jurídica, la economía, la historia”⁸.

Teniendo en cuenta las anteriores aclaraciones, es posible determinar un conocimiento del derecho ligado con la ciencia, explicando las leyes imperativas que rigen su naturaleza, así como su origen, evolución y aplicación, mediante el uso pragmáticos de conceptos y aspectos en torno a la ciencia, especialmente los que tengan que ver con las ciencias sociales, de las cuales las ciencias jurídicas hacen parte y así poder configurar una transformación de la investigación jurídica en una herramienta útil y práctica, comprometida con la justicia social, la cual es el objetivo del Estado Social de Derecho. De este modo, hacer un estudio por medio de la Investigación Jurídica la cual estudia el derecho como fuente formal.

1.1.1. Una mirada histórica a la normatividad indígena

La Constitución Política del año 1991 estableció la denominada jurisdicción especial indígena en la Nación, la cual está conformada por 84 pueblos o comunidades indígenas, y cada una de ellas se establece y determina a través de sus consejos y autoridades. A través de estas, las comunidades indígenas son autónomas, ya que tienen la posibilidad de autogobernarse, dirimir sus propios conflictos y solucionarlos.

⁸ MATIAS, Sergio Roberto. “Tendencias y enfoques de la investigación en derecho”. Editorial. Diálogos y saberes. 2012

Es notorio que la gran mayoría de indígenas desaparecieron a causa de la violencia ejercida por la civilización moderna occidental, quién “no vio en estas culturas y en los terrenos que ocupaban más que una forma de enriquecimiento, lo cual derivó en el aplastamiento de millones de seres humanos, víctimas de la codicia y el desenfreno”⁹. Poseedores ancestrales del territorio, la gran mayoría de comunidades indígenas fueron aniquiladas, diezmadas, disminuidas y desplazadas por la modernidad y por todo lo que ella implica, reducidos a unas pocas familias a unas zonas territoriales reducidas, aun cuando históricamente habían constituido verdaderas civilizaciones densamente pobladas, organizadas funcionalmente y sorprendentemente poseedoras de un territorio incalculable, el cual cuidaron, respetaron y preservaron. Gran cantidad de familias indígenas desaparecieron, no solo porque no alcanzaron el desarrollo de una lengua escrita que les garantizara pervivir de generación en generación y dominar su entorno, sino, y, sobre todo, por el exterminio y el genocidio del cual fueron objeto a manos de la civilización occidental, la cual obsesivamente se empeñó en despojarlos de sus costumbres, riquezas, territorio y, por ende, de la normatividad que los cohesionaba.

Para que el trabajo de investigación cumpla el propósito, se tendrá en cuenta solamente algunas sociedades o comunidades, dejando excluidos por el momento el estudio de la legislación indígena. Por ello, se tomará como guía los mayas, los cuales fueron la cultura o civilización más desarrollada de América a través de la historia y a la comunidad indígena ubicada en el Cauca, por ser esta, una de las más organizadas desde el punto de vista jurídico en Colombia.

De los diversos pueblos indígenas que habitaron América la civilización más importante fue la Maya, ya que lograron desarrollar un sistema de escritura que les permitió consolidar todo un imperio a través de la estructuración de su sabiduría y de sus conocimientos los cuales les pudieron legar a las generaciones futuras. De

⁹ PADGEN, Anthony. “La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etnología comparativa” Editor. Alianza. Madrid. 1988.

esta manera, lograron a través de un encabalgamiento de saberes, generación tras generación, cimentar toda su cultura y garantizar a las generaciones futuras su pervivencia, lo cual les permitió dominar la naturaleza a través del conocimiento científico. Las demás civilizaciones, ágrafas por excelencia, desaparecieron ante el implacable paso del tiempo que les exigía legar a las generaciones futuras el poder y la convicción para alcanzar un nivel de supervivencia que les garantizará subsistir a los embates de la naturaleza. “Pero toda esta gran infraestructura, creada para generar bienestar en cada uno de sus pobladores y dada la magnitud de su densidad poblacional solo podía ser posible a través de todo un entramado de normas, principios y preceptos que garantizaran la convivencia y la armonía de la comunidad; de este modo, regularon su devenir a través de todo un sistema de leyes”¹⁰.

El derecho penal maya se caracterizaba por su rigurosidad, contemplaba como castigo máximo la denominada pena de muerte, de igual forma la llamada “ley del talión y la de esclavitud”; esta última era hereditaria. La pena y la obligación de reparar los daños eran imprescindibles y obligatorios, podían alcanzar a los hijos, a la esposa y hasta los demás parientes del condenado. Los mayas utilizaban la amenaza y el escarmiento en torno a medidas preventivas de los delitos y su “administración de justicia era expedita y definitiva”¹¹. La impartían los batabs, ellos desempeñaban cargos importantes como funcionarios, designados directamente por el halachuinic o la autoridad suprema; si se presentaba en el interior de la misma comunidad un delito, neutralizaban al delincuente de dos formas: matándolo o esclavizándolo.

¹⁰ LÓPEZ HERNÁNDEZ, José Ricardo & TEODORO MÉNDEZ, José Manuel. “LA COSMOVISIÓN INDÍGENA TZOTZIL Y TZELTAL A TRAVÉS DE LA RELACIÓN SALUD- ENFERMEDAD EN EL CONTEXTO DE LA MEDICINA TRADICIONAL INDÍGENA” Revista Ra Ximhai. Universidad Autónoma de México. 2006

¹¹ DÍAZ VAZCONCELOS, Luis Antonio. “Norma e institución jurídica maya.” Guatemala. Instituto de Investigaciones Científicas, Universidad de San Carlos. 1953.

“Todos los procedimientos judiciales mayas eran orales, no se registraban en códices. Los jueces empleaban el sistema de la sana crítica o lógico, partían del indicio y llegaban a la prueba plena y la sanción era proporcional al delito. Al valor y al resultado de la prueba se sumaba la prueba pre constituida. Ante los jueces no era factible mentir y las decisiones judiciales se cumplían inmediata e irremediabilmente.”¹² Evidentemente en los procesos judiciales no pretendían la admisión en torno a medios ligados a la impugnación ni a la apelación. En su estructura jurídica se puede apreciar una fuerte influencia del medio ambiente, ya que los delitos o faltas en contra de la naturaleza eran castigados y de manera ejemplar, así como la afectación de algún miembro de la comunidad debido a que cada miembro es un ser natural. Los pueblos mayas podían contar con leyes que sancionaban los actos ilegítimos que vulneraban bienes fundamentales; los delitos sexuales estaban muy bien tipificados, y las leyes las aplicaban de manera significativa, por ejemplo:

“Al adúltero, que era entregado al ofendido para que le matase soltándole una piedra grande desde lo alto sobre la cabeza, o lo perdonara si quería; y a las adúlteras, a quienes no daban otra pena más que la infamia, que entre ellos era muy grave, al marido adulterado se le podía entregar una mujer como compensación, incluso la esposa del adúltero; y al que violaba a una mujer lo mataban a pedradas; en algunos de sus pueblos sacrificaban a los adúlteros.”¹³

En cuestión de bienes, las casas no debían tener puerta y en caso de que alguna persona la allanara para solo producir daño en las personas o los bienes, debía recibir un castigo ejemplar y severo, que en la mayoría de ocasiones era la tortura para producir una muerte padecida. Sin embargo, la comunidad maya no ejercía

¹² SALCEDO FLORES, Antonio. “El derecho maya prehispánico, un acercamiento a su fundamentación socio-política”. México. 2009

¹³ Ibid.

sanciones penales por deudas civiles, pero en casos de adulterio, hurto y otros delitos si las realizaban con la condición de sorprender al infractor en flagrancia.

Algunos castigos sancionados por los mayas consistían en sujetar los miembros superiores del infractor a su espalda y simultáneamente le acomodaban en la garganta una collera hecha de palos, y cordeles. Aun en el año 1688 efectuaban dicho castigo, y de manera referenciada con los que sacaban de los montes, habiendo estado fugitivos. De esta manera eran llevados a unas jaulas de madera, que ejercían en ese entonces como una especie de prisión o cárcel, y en ellas eran puestos los condenados a muerte, los esclavos fugitivos y los presos en la guerra; los vicios de igual manera se castigaban con métodos rigurosos.

Otro caso relacionado a la pena de muerte, consistía a la persona que sedujera a una mujer casada o a una hija de familia, el mismo hecho punible se aplicaba a un homicida, pero si aquel era menor de edad podría quedar esclavo siendo que si la muerte había sido casual, se debía pagar un esclavo por el muerto. En cuestión asociada a las personas traidoras con su respectivo señor también tenía pena de muerte al igual que el incendiario. No obstante, los ladrones se esclavizaban, hasta que consiguieran reparar los daños, y si no podía hacerlo, quedaba en esclavitud de por vida. Los hijos también sufrirían el mismo destino de sus padres esclavos, solo podrían comprar su libertad o ésta les fuera entregada por su amo. El que se casaba con alguna esclava, o engendraba en ella, quedaba hecho esclavo del dueño de la esclava, y la misma suerte corría la mujer que se casaba con el esclavo.

En algunas oportunidades al que no se le podía probar el adulterio, o le hallaban a deshora en algún sitio sospechoso, le prendían y le tenían sujetadas las manos por horas y en ocasiones hasta por días. Posteriormente le desnudaban o le cortaban los cabellos según la gravedad del hecho punible; no se acostumbraba en ese entonces a golpear a los delincuentes; con los castigos lo que se quería era gratificar el daño causado de la misma manera, o de igual manera, incapacitar al delincuente, esclavizándolo o si fuese necesario terminando con su vida. Cuando alguna persona hurtaba alguna pertenencia, de inmediato se juzgaba e identificaba como sujeto

antisocial; así el robo fuera pequeño, podía pagar el precio o denominación de lo robado con trabajo; si volvía a robar, era llevado al mercado de esclavos. Si los ladrones eran “señores o gente principal el pueblo se reunía y los aprehendía, para marcarles el rostro desde la barba hasta la frente, por los dos lados, castigo que tenían por grande infamia”¹⁴.

En este orden de ideas, otro suceso para efectuar la pena capital consistía en el estupro, así como el que cometía un acto sexual abusivo o violación contra una menor. Un elemento del primitivo y prehistórico derecho de los Mayas consistía en la discrepancia que hacían entre el dolo y la culpa. El juez local, llamado el “batab”, decidía en forma definitiva, y los tupiles o también llamados policías-verdugos, ejecutaban la sentencia de manera inmediata, con excepción a que el castigo fuera la lapidación por toda la comunidad.

De este modo se puede evidenciar como la civilización Maya logró mantener el orden al interior de la comunidad y garantizar a sus habitantes la convivencia pacífica y así, obtener una normal estructura en su sociedad garantizando el cumplimiento tanto de los derechos como de los deberes de todos los miembros de la comunidad indígena. Es de resaltar la importancia que le daban al respeto por la mujer, en especial por las menores de edad ya que los delitos cometidos contra ellas, en especial la violación o el estupro eran castigados ejemplarmente con la pena capital. También cabe destacar que los Mayas no solo se adelantaron a la sociedad occidental en aspectos científicos, tecnológicos, agrícolas, etc. sino también desde el punto de vista cultural ya que erigieron un sistema legislativo y en especial un sistema jurídico y penal en el cual prevalecían ya los derechos fundamentales.

¹⁴ GONZÁLEZ, Juan de Dios. “El sistema jurídico maya -una aproximación.” Guatemala. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar. pp. 26.1998.

1.1.2. El nefasto descubrimiento y lo que sobrevendría después.

Fue en 1492, cuando las culturas indígenas pudieron evidenciar su fragilidad ante un suceso histórico que cambiaría su devenir y su natural desarrollo: El mal llamado Descubrimiento de América.

En adelante, la confrontación de dos culturas y la imposición de todo un sistema y de una cosmovisión totalmente diferente y antagónica a la indígena, como lo fue la cultura occidental, propiciaría la destrucción y el aniquilamiento de muchas civilizaciones que habían logrado hasta ese momento avances realmente maravillosos.

Los indígenas al perder su hegemonía y el dominio sobre su territorio, sobre su cultura y sobre su normatividad tuvieron ineluctablemente que someterse a los principios y leyes occidentales, los cuales desconocieron totalmente sus derechos y sobre todo su sistema legislativo. Pero fue hasta la Colonia donde se pudo evidenciar la imposición de las leyes de la civilización occidental a las comunidades indígenas, ya que durante la conquista solo hubo destrucción y anarquía por parte de los conquistadores que, a su acomodo y ultranza, sin Dios ni Ley, aplastaron de un modo irracional a los indígenas. La corona española poco o nada podía hacer ante la implacable ferocidad y voracidad de los conquistadores, quienes en muchos casos y ante la infinita distancia entre América y Europa, impusieron sus propias leyes y desafiaron al imperio, desconociendo por completo todo poder y jerarquía.

Solo en la colonia, cuando ya muchos españoles lograron establecerse en América para usufructuar las riquezas de un mundo nuevo y sorprendentemente valioso, de un modo sistemático y con el beneplácito del imperio, con autorizaciones y respaldos que les otorgaban todo el poder en las tierras americanas para ejercer su dominio, fue que se pudo imponer un orden real, que en cierta medida impidió que se siguieran vulnerando todos los derechos de los indígenas como lo habían hecho los crueles y desaforados conquistadores. Pero esto se daba solamente en teoría,

ya que los indígenas continuaban siendo víctimas directas de los colonos, quienes los habían esclavizado y sometido a sus intereses particulares.

En adelante, y a través de “cédulas reales”¹⁵ es decir, una orden expedida por el rey, se debía resolver en teoría, pero no en la práctica el conflicto con los indígenas. Esto era el reconocimiento de su territorio, pero a cambio se les imponía su evangelización; es decir, jurídicamente se establecían pautas de conducta para ser tratados con “dignidad” pero se les otorgaba a los españoles el derecho de aprovechar su potencial en beneficio de la corona. En consecuencia, se ordena dar traslado de la cédula y publicarla en lugares acostumbrados por la mayoría de personas, como plazas, mercados de las ciudades y villas.

La cédula está situada en la jurisdicción que ellos mismo establecieron, implementada en consecuencia de la promulgación de las leyes el 20 de noviembre del año 1542, las cuales fueron promulgadas luego de las graves denuncias de algunos españoles y en especial de clérigos, como “Fray Bartolomé de las Casas”, quienes expresaron a la corona española su desacuerdo con los atropellos, violaciones, asesinatos e iniquidades cometidas en contra de los indígenas por parte de los conquistadores y colonos españoles en contra de los indígenas. Dicha cédula prohibió esclavizar a los indios, tal como lo estableció su capítulo fundamental: “Ordenamos y mandamos que de aquí adelante por ninguna causa de guerra, ni otra alguna, aunque sea so título de rebelión, ni por rescate, ni de otra manera, no se pueda hacer esclavo indio alguno, y queremos sean tratados como vasallos nuestros de la Corona de Castilla, pues lo son”¹⁶.

La esclavitud indígena quedaría así atenuada a los “esclavos indígenas legales” existentes y a sus sucesores por vía materna, únicos que heredarían tal condición.

¹⁵ KANG, Bo Keum. Análisis la formación ideológica criolla en Américas durante siglos XVI a XVIII. Tesis de Maestría. Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. 2012.

¹⁶ LUCENA SALMORAL, Manuel. “Real Cédula sobre que no sean maltratados los indios más que los españoles.” ALCALÁ DE Henares. Manuscrito. Guatemala. 1547.

La aplicación de las Leyes Nuevas encontró unos impedimentos, ya que a los colonos americanos que realizaron una readaptación económica importante, se pasó del trabajo del esclavo indio al asalariado, beneficiándolos de cierto modo.

Si bien estas disposiciones garantizaban a los indígenas un trato digno como vasallos de la corona española, durante toda la colonia, es decir por casi 300 años, en toda América dichos derechos fueron ignorados y no tenidos en cuenta por parte de los españoles, ya que todo el periodo histórico de la colonia representó para los indígenas uno de los episodios más desgarradores, degradantes, crueles e inhumanos en la historia de la humanidad. La Mita, el almojarifazgo, la evangelización¹⁷, el desconocimiento y desprecio por sus lenguas, por sus costumbres y por su cultura, el mestizaje y todas las demás características de un modo de vida feudal y esclavista como lo fue el impuesto por el imperio y por la corona española, pero especialmente la encomienda, hizo mella en los indígenas, causándoles hondas heridas, hiriendo casi de muerte a los pueblos indígenas, propiciando casi su aniquilamiento y su total desaparición.

Fueron solo algunas, muy pocas, las comunidades indígenas que lograron soportar todo el rigor y el embate de tal dominación y es de allí de donde se desprende su actual condición de pobreza, de miseria, de desarraigo y de transculturación.

De esta manera, el proyecto de "civilización" de los indígenas, realizada la Corona española, trató de mejorar ciertos aspectos por una manera eficiente de residencia, cuyo fundamento se basó en las ciudades occidentales. Los nuevos estilos de vida que aquel imponía a las comunidades indígenas, se cristalizaban en la adaptación de las ciudades españolas: "los pueblos de indios".

De este modo un resguardo era una institución legal sociopolítica constituida por un territorio que, ocupada una comunidad de ascendencia indígena, con propiedad y

¹⁷ QUIROGA ZULUAGA, Marcela Quiroga. "Las políticas coloniales y la acción indígena: la configuración de los pueblos de indios de la provincia de Páez, siglos XVII y XVIII. Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura". 2015, vol. 42, no 1, p. 23.

estableciendo una comunidad; debían gobernarse por un estatuto especial autónomo, siempre manteniendo intactas sus tradiciones y su cultura característica.

Esta institución fue sustentada por la mayoría de repúblicas independizadas del Imperio Español como la colombiana, donde aún hoy es reconocida y aceptada. De este modo es cómo nace lo que se denominaría “Resguardo”, por la necesidad de disponer de mano de obra y de provisiones alimentarias, por lo que la “ley española” procuró limitar la explotación y abuso de los grupos indígenas y la entrega de tierras a los españoles colonizadores, de modo que se mantuviera a los indígenas cultivando. Para inicios del siglo XVIII, este proceso de vigorización de los pueblos de indios demuestra una expansión territorial bajo la dominación colonial, pero “esta dinámica en ningún modo puede ser entendida como un logro en el proceso de reivindicación de todos los derechos usurpados a los indígenas por España”¹⁸. En esta medida, parece propicio citar al autor Roberto Pineda, quien realiza un estudio de los diversos pueblos indígenas engendrados en el siglo XVIII y XIX, puesto que comparte una idea de la iniciación de derechos en torno al indígena como ciudadano:

Con el inicio de la República Colombiana se empezaron a tener en cuenta las comunidades indígenas como ciudadanos, los cuales tendrían los mismos derechos consagrados desde esta Constitución. la Constitución de Cúcuta de 1821 permitió el disfrute de las comunidades indígenas con respecto a la propiedad privada.

En este contexto, se expidió la ley 89 de 1890, "Por medio de la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada".

En la ley anteriormente mencionada se hacía una referencia a la mala aceptación de los pueblos indígenas como “semi-civilizados o salvajes”, esto trajo como

¹⁸ QUIROGA ZULUAGA, Marcela: “Las políticas coloniales y la acción indígena: la configuración de los pueblos de indios de la provincia de Páez, siglos XVII y XVIII”. 2015.

consecuencia un retorno a una política de manejo indirecto con respecto a cada grupo indígena, esto desde un contexto colonial para el reconocimiento de sus cabildos y sus tierras para las colectividades y por otro lado ya sobresalía su disolución total. Los indígenas quedaron al margen de la legislación general de la República, bajo la tutela de las misiones católicas, y fueron considerados como "menores de edad en lo que atañe al régimen civil y penal de la Nación".¹⁹

“Aunque la ley 89 de 1890 abrió una especie de compás de espera a la división de los muchos resguardos, la política de extinción de las comunidades indígenas continuó. Por ejemplo, la Asamblea Nacional Constituyente convocada por el general Rafael Reyes ratificó mediante la ley 5 de 1905, la legalidad de la venta de los resguardos efectuados en subasta pública y los derechos de los rematadores. La ley 104 de 1919 ratificó la división de los resguardos, y dispuso severos castigos expresados en despojo de la tierra para aquellos indígenas que se opusieron a la división. Posiblemente fue una reacción contra la rebelión de los terrajeros del Cauca, dirigida por Manuel Quintín Lame, que entre 1914 y 1918 habían disputado el poder de la élite payanesa en las montañas del Cauca.”²⁰

Las innovadoras tendencias sociales que empiezan a surgir en el país a partir del año de 1920, fomentaron una visión de los indígenas ligada hacia su reconocimiento digno tanto en su cultura como su sociedad. Sin embargo, los diferentes grupos tenían una perspectiva diferente, algunos solo veían en la cultura indígena una fuente única de nacionalidad, y los demás que idealizaron el resguardo como socio de lo que se llamaría “estado socialista.” Con la expedición de la ley de tierras en el año 1936 en el gobierno de López Pumarejo, y el reconocimiento de la función social

¹⁹ ARIZA, L. J. “Identidad indígena y derecho estatal en Colombia.” Bilbao: Cuaderno de derechos humanos. 2004

²⁰ PINEDA, Roberto. “La política indigenista entre 1886 y 1991”. Red cultural del Banco de la República en Colombia. [En línea]. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-146/estado-y-pueblos-indigenas-en-el-siglo-xix>. 2017.

de la propiedad, la perspectiva institucional frente a las comunidades indígenas siempre estuvo sostenida y enmarcada bajo la ley 89. Es en este momento, donde la mayoría sufrieron atropellos como el más habitual que hasta la fecha aún se da, como es el despojo de sus tierras. En el año 1944, se inició un proceso de extinción de los resguardos de Tierradentro, solo bajo el parámetro de que sus propietarios o dueños no tenían la identidad indígena que los caracterizaba.

1.1.3. La Constitución del año 1991, una luz al final del sendero.

En la Constitución del año 1991²¹ se establecieron las garantías para la autodeterminación de los pueblos indígenas, su inclusión y su reconocimiento dentro de la sociedad. A partir de este trascendental momento, las comunidades indígenas empiezan a tener autonomía en función de administrar e impartir justicia para todos los integrantes que conforman cada uno de los grupos indígenas del país. Además de poder pertenecer y hacer parte de nuestra identidad y cultura colombiana, cimentando así nuestra historia, la comunidad indígena aporta un 3,4 % de los habitantes que conforman nuestro país, Colombia cuenta con un aproximado de 87 etnias indígenas certificadas, donde su jurisdicción especial, otorgada por la Constitución Política, es legalmente válida dentro del territorio nacional.

Las comunidades indígenas ancestralmente tuvieron su organización legislativa, luego les fue arrebatada por la sociedad occidental como víctimas de un proceso de aniquilación y barbarie. Fue tan solo en 1991, logrando sobreponerse a un verdadero cataclismo cultural que obtuvieron su emancipación legislativa al ser reconocidos como sociedades autónomas a través de la JEI. Este acontecimiento representa un invaluable logro cultural y el comienzo de un proceso de re significación étnica gracias a la constitución del 91 ya que antes las comunidades

²¹ COLOMBIA. Constitución Política. Art 246. 1991

indígenas siempre estuvieron coordinadas, supeditadas y sometidas por la legislación occidental.

“La historia del reconocimiento del pueblos indígenas posterior a la Constitución 1886 responde a las luchas reivindicatorias de estos pueblos en aras de lograr el reconocimiento efectivo de su titularidad para el ejercicio de derechos, pero bajo el entendido de sujeto colectivo particular y no como la simple sumatoria de individuos pertenecientes a un mismo grupo, es decir se trata de entender como categoría de sujeto de derecho al pueblo; además con la necesaria aclaración de comprenderlos como verdaderos titulares de derechos fundamentales colectivos y de derechos no fundamentales, o lo que es lo mismo, como titulares tanto de derechos de segunda y tercera generación (derechos económicos, sociales y culturales, y derechos de solidaridad), como de derechos de primera generación, razón por la cual las reivindicaciones indígenas apuntaban a su reconocimiento constitucional, como primer ejercicio del derecho a la autodeterminación”²².

Hasta aquí, en la presente investigación se ha logrado realizar un recorrido histórico desde el ámbito jurídico y social de la población indígena en América y hemos podido analizar cómo se fue transformando su estructura organizativa y su autodeterminación de manera sincrónica y el condicionamiento que se impuso en ellas los diferentes modos de producción y los distintos modelos económicos que los supeditaron, así como las diferentes cosmovisiones de las cuales fueron objeto hasta el año 1991.

De ser toda una civilización autónoma e independiente, a estar sujetos a otros sistemas y estructuras sociales y económicas, total y diametralmente opuestos al suyo, las cuales anularon por completo sus expectativas de vida como sociedad y los restringió de tal modo que se fueron convirtiendo con el paso del tiempo en

²² CAMARGO, Diana Rocío. Jurisdicciones constitucional y especial indígena colombianas. Diálogos de saberes, 2009, no 31, p. 246-247.

comunidades muy pequeñas, diezmadas y focalizadas en determinados territorios, pasando de ser poseedores de todo un continente al confinamiento en zonas restringidas y delimitadas en las cuales de manera casi milagrosa lograron pervivir.

Si bien existen otras tesis²³ e investigaciones que abordan el tema de la presente investigación de manera tangencial, a saber, la JEI y su constitucionalidad, desde perspectivas jurídicas²⁴ enfocadas en el orden público, en la intervención de la justicia ordinaria en los conflictos internos de las jurisdicciones, en la vulneración de los derechos de los líderes indígenas o en la incidencia de la JEI en la JEP, no se ha abordado de manera específica el problema de nuestra investigación en torno a que la JEI debe ser realmente autónoma y que para ello se deben realizar unos ajustes pertinentes los cuales garanticen la defensa de los derechos fundamentales de toda la comunidad lo cual garantizaría que dicha JEI no tenga que ser intervenida en ningún caso por la justicia ordinaria.

Es aquí donde hace énfasis el objetivo del presente trabajo investigativo, en el hecho de que la JEI y la jurisdicción ordinaria tienen diferencias marcadas al momento de ejercer justicia ante delitos cometidos al interior de las comunidades indígenas y la JEI debe suplir todas las necesidades jurídicas de las comunidades indígenas, a la luz de la constitución.

En este sentido dichas comunidades deben evolucionar hacia un sistema de entendimiento acorde con las exigencias y con los derechos adquiridos por las personas a través de la historia. Debe existir todo un proceso de concientización en todos y cada uno de los indígenas en el sentido de que hay comportamientos, hábitos, prácticas, acciones y costumbres que deben desaparecer de su cotidianidad, de su diario vivir, ya que vulneran los derechos fundamentales.

²³ UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA, FACULTAD DE DERECHO. “Jurisdicción Especial Indígena en Colombia: Un estudio comparado con la jurisdicción ordinaria.” Bogotá D.C. 2011.

²⁴ PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS. “Bases conceptuales de la Jurisdicción Especial Indígena”. Bogotá D.C. 2003.

Teniendo en cuenta el previo estudio histórico de la realidad indígena y relacionándolo con la implementación de la Constitución del año 1991 es indispensable elaborar la identificación del problema que será el objeto de estudio en el presente trabajo monográfico.

Es necesario recalcar que con la asamblea constituyente del año de 1991 se articuló la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena y se les dio a las comunidades indígenas el derecho de tener autonomía para la toma de decisiones en los conflictos internos de dicha comunidad, y de ejercerla en el territorio reconocido como entidades territoriales indígenas. Esto quedó tácitamente expresado en el Título XI, De La Organización Territorial, artículo 286 de la Constitución Política, el cual expresa lo siguiente:

“ARTICULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”.²⁵

De este modo en el artículo 287, se establece en una otorgación de derecho a ejercer como entidades territoriales una autonomía y autogobierno.

Mediante Sentencia T – 1238/04, La Corte Constitucional establece varias características claves para que se pueda establecer legalmente un Fuero Especial Indígena, para lo cual se requiere que la conducta punible, el sujeto activo y el sujeto pasivo se hayan puesto en conocimiento de dicha jurisdicción y esta pueda ser reducida e investigada a fondo en el territorio donde ocurrió la hecho punitivo; de igual manera debe hacerse mención de una autoridad regional que tenga las características plenas de ejercer e imponer una sanción según las leyes y procedimientos de la comunidad.

²⁵ COLOMBIA. Constitución Política. Título XI, Capítulo I. 1991.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional establece los siguientes puntos:

- 1) “El fuero procede siempre que exista un precedente dentro de la comunidad indígena, a través del cual exista un órgano encargado de impartir justicia en armonía con sus prácticas y costumbres.”²⁶
- 2) “Es obligatorio para la procedencia del fuero que en las costumbres de la comunidad existan las sanciones que abarquen el tipo penal específico entendido como el juicio y que la pena sea proporcional, conforme a las tradiciones ancestrales y culturales del pueblo indígena, garantizando que el proceso sea efectivo y que la pena sea correspondiente al delito.”
- 3) “Que el delito haya sido dentro de los límites del resguardo indígena y que el sujeto activo y el sujeto pasivo hagan parte de dicha comunidad para poderse establecer una jurisdicción especial indígena”.²⁷

En el año 2017 se presentó uno de los casos más notables en relación al conflicto de ambas jurisdicciones Indígena y ordinaria con la protección de los derechos de las comunidades indígenas, Sucedió en el mes de enero del año anteriormente mencionado, en el departamento del Cauca con la comunidad indígena NASA; el cual trataba sobre el deceso violento del líder indígena llamado Olmedo Pito García el cual fue asesinado por varios hombres de la misma comunidad según informe de la Fiscalía General de La Nación, ocasionada por una discusión.

Dicha conducta punible quedó en manos de la jurisdicción especial Indígena y no como comúnmente se hace, en manos de la Jurisdicción ordinaria²⁸.

²⁶COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996. M.P; CARLOS GAVIRIA DIAZ.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-728 de 2002. M.P; JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-552-2003. M.P; CARLOS GAVIRIA DIAZ.

²⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-667 DE 1998. M.P; ANTONIO BARRERA CARBONELL.

²⁸ EL ESPECTADOR. Asesinato de líder caucano está en manos de jurisdicción indígena. [En línea] Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/asesinato-de-lider-caucano-esta-manos-de-jurisdiccion-i-articulo-674057>. 2017.

Otro caso que hace parte del grupo de los delitos que ha formado parte del conflicto jurisdiccional entre la J.E.I. y la J.O., es referente a un abuso sexual ocasionado por parte de un integrante indígena, siendo este miembro del resguardo indígena Paniquitá de Totoró, Cauca en donde el Consejo Superior de la Judicatura concluyo que el sindicado fue responsable de abusar sexualmente a una menor indígena de 11 años de edad del mismo resguardo indígena. En este caso la J.E.I. no tuvo las capacidades necesarias para poder establecer una pena equitativa con la conducta y priorizar la protección integral de la menor víctima de la conducta reprochable.

Otro aberrante caso de injusticia se presentó en el Departamento del Cauca donde una indígena menor de edad fue abusada sexualmente; no se impartió de manera idónea la justicia en dicho caso, puesto que fue su tío el responsable de tal conducta y después de avisar a sus padres que no creyeron tan suceso y así que de manera directa se remitió a la Defensoría del Pueblo en donde se conoció y se realizó la respectiva denuncia.²⁹

“Leonardo Velasco Camayo, gobernador y representante judicial del cabildo, pidió la entrega del hombre para castigarlo a través de su jurisdicción, pero la solicitud fue negada. Según las reglas del cabildo, en estos casos la víctima es protegida por un guardia para alejarla del agresor, a quien sancionan con 72 horas en el espacio de armonización y reflexión (calabozo)”³⁰.

En los dos anteriores casos, la pena impuesta por el cabildo es propinarle fuertes latigazos al (los) sindicado(s) o pagar simplemente con animales que representen una indemnización significativa, lo cual se podría considerar algo absurdo frente a los delitos ocasionados contra los menores de edad; El Magistrado Pedro Alonso Sanabria Buitrago, Presidente de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la

²⁹ EL TIEMPO. Abuso sexual de indígena a menor de edad irá a la justicia ordinaria. [En línea]. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/abuso-de-indigena-a-nina-ira-a-justicia-ordinaria-83254>. 2017.

³⁰ Ibid.

Judicatura, estableció que se debe dar prioridad y protección inmediata a los derechos fundamentales de los menores de edad, ya que esto está establecido constitucionalmente y en varios de los tratados internacionales de los que Colombia hace parte.

En concordancia, es vital relacionar la temática anterior con un contenido legal y constitucional que esté en vigencia con la actualidad de la Nación, puesto que la base al realizar el trabajo es tener a la mano un marco legal claro y preciso. El año 1991 no se encuentra muy lejano, no han pasado los 30 años para que las comunidades indígenas contaran con cierto valor y consecutivamente con una autonomía desacostumbrada. Es decir, además de contenido constitucional, se debe invocar las sentencias de la Corte Constitucional con problemáticas y acontecimientos imprescindibles en concordancia a los grupos indígenas y su reconocimiento.

En primer lugar, hay que remitirse a la Constitución Política y su contenido estricto de los territorios indígenas colombianos, el cual se encuentra taxativamente consagrado en los artículos 286 y 287, donde se establecen las entidades territoriales y el derecho que se les da a ejercer una autonomía dentro de estas comunidades bajo los límites de la Constitución y las leyes.

De igual manera, en el artículo 329 de la Constitución se establece el procedimiento para que los resguardos se conviertan en entidades territoriales. El artículo 330 es la orientación del desarrollo legal para evitar perjuicios de integración cultural, social y económica de las comunidades indígenas en lo relacionado a los lineamientos que los diferencian de distintas comunidades.

Es necesario conocer también las inhabilidades, los impedimentos e incompatibilidades de las comunidades indígenas como sujetos disciplinables en lo que se refiere a nuestro tema de investigación ya que se hace necesario conocer los alcances de la jurisprudencia fijados por la Corte Constitucional frente a temas legales en materia disciplinaria.

Para poseer una dimensión jurídica mucho más amplia y completa con base en la jurisprudencia vigente se puede iniciar con la sentencia T-1238 de 2004, la cual establece conceptos y aptitudes para definir una jurisdicción indígena, por ejemplo:

- 1- Las autoridades deben tener la disposición legal para ejercer una sanción conforme a los procedimientos y normas de la comunidad.
- 2- La persona que tiene la competencia y la obligación de actuar de oficio, estableciendo las circunstancias de dicha conducta para la procedencia de la jurisdicción especial, es el juez ordinario y si este no realiza la indagación se establecería una vía de hecho.

Por otro lado, la sentencia constitucional T – 496/1996 habla de la distinción constitucional de dicha jurisdicción para que los miembros de las etnias tengan derecho a un fuero. Este concede el derecho a ser imputados por sus propias autoridades de acuerdo a sus reglas dentro de su territorio con el fin de garantizar el respeto de la persona al interior de los límites de la jurisdicción indígena.

Simultáneamente, invocando otra sentencia sustancial, la T-728 de 2002 la corte analizó temas como el conflicto de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial ordinario de Colombia.

En Colombia el derecho que privilegia a estas comunidades es el fuero indígena y tiene como finalidad el juzgamiento de sus miembros ante la justicia acorde con la organización y forma de vida de estas etnias. Ellas determinan los parámetros de convivencia, así como las opciones de resolución de sus conflictos.

Uno de los asuntos más controvertidos en el sistema ordinario es el de la prohibición de penas y tratos crueles e inhumanos, que no es desconocido públicamente y que algunas comunidades por medio del derecho o de la costumbre realizan. Para la sociedad occidental podrían ser vistas como actos degradantes, por ello hay que determinar las sanciones para que las comunidades puedan acreditar el fuero y en consecuencia la sanción.

De esta manera se establece si el juzgamiento estará en cabeza del cabildo, quien será el encargado de sancionar, en cuyo caso la justicia ordinaria no sería la competente para sancionar las conductas de un miembro de alguna comunidad que hubiese cometido un delito.

Mediante la sentencia T-552 DE 2003 la Constitución colombiana señala que le corresponde a la ley realizar métodos de supervisión y regulación entre la jurisdicción indígena y el sistema judicial nacional; no obstante, en esta sentencia se señaló que la ausencia de esa coordinación no era impedimento para que proceda la jurisdicción indígena. También establece que las autoridades indígenas pueden solicitar el ejercicio de la jurisdicción, pero si se encuentran capacitados para hacerlo y si cuentan con una organización adecuada. La Corte Constitucional manifestó que la flexibilidad al momento de establecer la autoridad competente para el juzgamiento, no puede permitir en modo alguno la impunidad de personas que se quieran acoger de modo ilícito a dicho ordenamiento.

De manera análoga, la sentencia T-667 DE 1998, hace referencia al impedimento existente de la violación de principios de las diversidades étnicas que están protegidas por la constitución del 1991 y que han sido reconocidas como tal, para la protección de los derechos de los miembros de las diferentes comunidades indígenas con el fin de que estos sean juzgados de acuerdo a sus costumbres sin salirse de la normatividad.

La falta de una ley de coordinación es una vulneración a los derechos fundamentales sobre estas minorías, las cuales tiene fuero interno propio. Vemos como se enfrentan día a día los órganos con competencia para juzgar y conocer de los casos en donde no hay claridad para determinar la jurisdicción y competencia.

Cuando algún miembro de las comunidades indígenas ha incurrido en un delito debe ser judicializado y para esto hay que examinar si está protegido por el fuero, de esta manera se analiza si cumple el elemento personal (en este caso se verifica si hace parte de una etnia) y el elemento geográfico (si la conducta fue cometida al interior

de su territorio). Cuando no cumple estos elementos tiene que ser juzgado por la jurisdicción ordinaria.

En el artículo 246 de la Carta Política es donde se establece que las comunidades indígenas actúan conforme a sus propias normas y procedimientos siempre y cuando traspasen lo establecido en las leyes. Esto genera un conflicto ya que se deben tener en cuenta las costumbres étnicas, valorarlas a la luz de los derechos humanos y establecer si la pena impuesta es la adecuada ya que los actos inhumanos están prohibidos en Colombia. Será entonces responsabilidad del estado si existen vacíos normativos que vulneren a las minorías porque se debe garantizar la no vulneración de los derechos en todas las personas.

CAPÍTULO 2. UNA COMPARATIVA QUE MERECE SER ANALIZADA Y DIFERENCIADA PARA LA APLICACIÓN DE LA IDONEIDAD Y LA AUTONOMÍA

La Constitución del año 1991 tiene gran trascendencia para la vida de las comunidades indígenas en Colombia, no solo porque determina unas entidades territoriales que les son otorgadas como una reivindicación de sus derechos ante la posesión de su territorio³¹, sino porque también les brinda la posibilidad de ser realmente autónomos y de autogobernarse.³² De este modo se establece que cada jurisdicción territorial indígena posea también una JEI, a través de la cual cada comunidad resuelva sus propios conflictos jurídicos³³.

“El marco legal establece el reconocimiento de los indígenas colombianos como sus nacionales, parte del preámbulo y está contemplado en el artículo 13 como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho, atendiendo específicamente al derecho a la igualdad como diferenciación”³⁴

Así, en el artículo 246 de la Constitución del 91 se brinda la posibilidad a las comunidades de crear su propio sistema y estructura jurídica llamada Jurisdicción Especial Indígena (JEI). A este respecto, son innumerables las investigaciones y estudios que han abordado la constitucionalidad de la JEI, lo que para el presente trabajo ha sido de gran apoyo; pero lo que realmente interesa, es especialmente lo relacionado con el tratamiento que debe hacer dicha JEI de los derechos fundamentales de los individuos que conforman cada una de las comunidades indígenas de la nación colombiana. Al respecto es importante abordar directamente el texto del citado artículo:

³¹ COLOMBIA. Constitución Política. Título XI De la organización territorial. Cap. 4 Del régimen especial. Art 286.

³² *Ibíd.*, Art 287.

³³ *Ibíd.*, Cap. 5: De las jurisdicciones especiales.

³⁴ BLANCO, Jacqueline. Administración de justicia en la jurisdicción especial indígena. Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, 200. no 26, p. 14.

Artículo 246 de la Constitución Política Colombia:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional³⁵”.

La jurisdicción ordinaria es la que resuelve los conflictos que surgen entre personas particulares que no están atribuidos a otra jurisdicción. Esta justicia está conformada por municipios, circuitos y distritos; su máximo tribunal es la Corte Suprema de Justicia, para ella hay 3246 juzgados en todo el país y está estructurada de la siguiente manera:

“La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, tienen competencia en todo el territorio nacional. Los Tribunales Superiores, los Tribunales Administrativos y los Consejos Seccionales de la Judicatura tienen competencia en el correspondiente distrito judicial o administrativo, a su vez los jueces del circuito tienen competencia en el respectivo circuito y los jueces municipales en el respectivo municipio; los Jueces de pequeñas causas tienen competencia a nivel municipal y local”.³⁶

De otro modo, la JEI resuelve las controversias que transcurren dentro de la comunidad indígena en los territorios, constituida por 84 pueblos indígenas con autoridades específicas según las características de cada pueblo y las cuales imparten justicia con sus propias normas y procedimientos siempre que no contraríen la Constitución y la ley. Esta jurisdicción se establece ya que existe la multiculturalidad y la pluriétnia reconocida por la Constitución de 1991, sin embargo,

³⁵ COLOMBIA. Constitución Política. Art 246. 1991.

³⁶ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1285. (22, enero, 2009). Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario oficial. Bogotá, D.C.

no se puede desconocer la jurisdicción ordinaria. Por lo tanto, la jurisdicción indígena, para administrar justicia debe tener unas autoridades judiciales reconocidas por la comunidad y tener normas y procedimientos judiciales establecidos concorde a la constitución y la ley.

“De los 84 grupos indígenas existentes en Colombia, la gran mayoría se ubican en regiones muy importantes para la biodiversidad nacional; sin embargo, sus condiciones son de extrema pobreza económica y social, con un agravante a cuenta del Estado y que pone de presente la preservación cultural para someterlos al abandono: lamentablemente, las comunidades indígenas nacionales deben compartir su derecho como comunidades especiales con la amenaza permanente del fuego cruzado que accionan los protagonistas del conflicto armado interno, el narcotráfico y el desplazamiento.”³⁷

Como bien ya se identifica, la finalidad de todo proceso penal busca como fundamento que se encuentre una solución al problema que se ha planteado buscando proteger los derechos de los sujetos, hallando la verdad. Eso es lo que se debería tener en cuenta para la garantía de derechos y principios fundamentales, la JEI debería tener varios factores en cuenta según nuestra jurisdicción ordinaria penal como la “recolección de pruebas y análisis de las mismas por parte de un juez, además de la intervención de las distintas partes que conforman el proceso”³⁸, pero no solo de esto depende el respectivo proceso penal que se debería estar llevando a cabo en las comunidades indígenas sino que también deberían tener en cuenta los hechos que desarrollaron el problema que afectó el bien jurídicamente tutelado.

³⁷ BLANCO, Jacqueline. Implicaciones del conflicto armado interno en el desarrollo y evolución de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. Revista Diálogos y saberes, Pág. 70. 2019.

³⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. Principios Fundamentales del derecho procesal penal. Bogotá. 1981.

En síntesis, la JEI debe someterse a la finalidad de todo proceso penal que es hallar una verdad construida que satisfaga los fines del Estado y los principios fundamentales del derecho procesal penal, teniendo en cuenta las versiones dadas por las partes y el análisis profundo y concentrado de la prueba. Si esto no se da la JEI es inoperante.

De este modo se establece que uno de los requerimientos esenciales para que se dé la JEI es que acate y respete toda la normatividad de la Constitución. La JEI opera bajo ciertas condiciones especiales dentro de cada entidad territorial; entre estas condiciones se encuentra que bajo ninguna circunstancia se vulneren ni los derechos humanos ni los derechos fundamentales de ningún miembro de la comunidad. Así, los derechos sexuales de la mujer y la ley de infancia y adolescencia al ser considerados por la Constitución del 91 como derechos fundamentales deben ser acatados en su totalidad por todas las comunidades indígenas y estos derechos priman sobre todos los demás derechos de los miembros de la comunidad.

Un ejemplo claro de cómo una comunidad indígena logró adecuar su normatividad y ceñirse a lo consagrado por la Constitución del 91 y así optimizar su JEI estableciendo como prioridad la defensa de los derechos fundamentales de la mujer se dio en la ONIC.

“La práctica de la ablación, mutilación genital femenina o clitoridectomía”³⁹ era usada por la comunidad Embera Chamí, en especial por la ubicada en el departamento de Risaralda. La práctica consistía en extirpar, alterar o lesionar los órganos genitales femeninos externos de recién nacidas o niñas para que al ser adultas no fuesen promiscuas. Dicha práctica, aunque por lo general era realizada por parteras y a veces por los padres, con frecuencia desencadenaba enfermedades femeninas como quistes, esterilidad, hemorragias, infecciones pélvicas o urinarias y hasta la muerte⁴⁰. Según relatos de mujeres víctimas de la violencia esta práctica también es o era usada por grupos al margen de la ley.

De acuerdo a la UNICEF estas acciones al interior de la comunidad están siendo transformadas, eliminadas y no deben ser enjuiciadas o satanizadas (UNICEF 2005). En el mismo sentido, en su momento la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC manifestó que se estaba desarrollando un proceso educativo con el apoyo del ICBF y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA).

La ONIC señaló que no fue mediante la coerción o la imposición de normas que se transformó esta realidad, sino porque le apostaron a una transformación cultural, que les permitió en el marco de su autonomía en el año 2012, declarar públicamente la suspensión de este tipo de prácticas⁴¹.

El anterior es un ejemplo claro de cómo una comunidad indígena puede y debe optimizar la JEI para que pueda ser realmente autónoma, pero esto ocurre muy pocas veces, ya que al interior de las comunidades existen delitos de toda índole y

³⁹ MICAN CRUZ, Diana. Jurisdicción especial indígena en Colombia: un estudio comparado con la jurisdicción ordinaria. 2011.

⁴⁰ MICÁN, Cruz; BEATRIZ, Diana. Jurisdicción especial indígena en Colombia: un estudio comparado con la jurisdicción ordinaria. 2016.

⁴¹ *Ibíd.*

los que atentan contra la mujer menor de edad son muy pocas veces tenidos en cuenta como lo evidenciaremos ulteriormente en la presente investigación.

Es necesario establecer taxativamente hasta dónde llega o tiene su alcance la JEI, diferenciarla de la justicia ordinaria, establecer su relación, compatibilidad o incompatibilidad con la misma, cuáles son las falencias que presenta actualmente la JEI desde el punto de vista jurídico, si se deben vigilar por parte del estado los procesos judiciales que se adelantan al interior de la JEI para que cumplan con los estándares del estado social de derecho y que la esta posea una infraestructura sólida que garantice que los derechos y principios consagrados en la Constitución se cumplan a cabalidad.

En lo que respecta, es necesario citar jurisprudencia de La Corte Constitucional, tal como en la sentencia T-1238 de 2004 que implementa unos ejes centrales para hacer hincapié en el fuero especial indígena:

“La conducta que se ha puesto en conocimiento de dicha jurisdicción pueda ser reducida a un ámbito cultural de la comunidad indígena, que el sujeto activo y pasivo pertenezcan al territorio indígena donde ocurrió la conducta y también que exista una autoridad regional que tenga las características de ejercer una sanción según las normas y procedimientos de la comunidad, dando por conclusión con base a lo anterior que el fuero procede siempre y cuando exista un precedente dentro de la comunidad indígena a través del cual exista un órgano encargado de impartir justicia en armonía con sus prácticas y costumbres”.⁴²

⁴² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia, T - 496 de 1996. M.P; CARLOS GAVIRIA DIAZ
COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia, T - 728 de 2002. M.P; JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia, T - 552 de 2003. M.P; RODRIGO ESCOBAR GIL.

Estableciendo acerca de la obligación que debe tener el fuero frente a las penas que se establezcan.

“También que es obligatorio para la procedencia del fuero que en las costumbres de la comunidad existan las sanciones que abarquen el tipo penal específico, entendido como que el juicio y la pena sean proporcionales conforme a las tradiciones ancestrales y culturales del pueblo indígena, garantizando que el proceso sea afectivo, que la pena sea correspondiente al delito y que el delito haya sido cometido dentro de los límites del resguardo indígena y que el sujeto activo y el sujeto pasivo hagan parte de dicha comunidad para así poderse establecer una jurisdicción especial indígena.”⁴³

De manera análoga la sentencia T-728/02 y el artículo 287 de la Constitución política de Colombia, establecen:

“la competencia que tiene la población indígena en cuanto a su jurisdicción indígena y sus derechos a acudir a la jurisdicción ordinaria si lo creen necesario. Debemos así conocer cuáles son las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de la comunidad indígena como sujetos disciplinables en lo que se refiere a la JEI y a la justicia ordinaria.”⁴⁴

En este sentido se puede evidenciar los alcances jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional frente a los sistemas de juzgamiento, es decir; el indígena y el ordinario.

Existen dos factores determinantes para que exista la operatividad efectiva de la JEI, a saber, el pluralismo jurídico y la coordinación entre las dos jurisdicciones.

⁴³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-667 de 1998, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

⁴⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-728 de 2002. M.P; JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2003. M.P; RODRIGO ESCOBAR GIL.

El pluralismo jurídico, trata de que dos o más sistemas judiciales convivan simultáneamente entre ellos dentro de un territorio determinado y la coordinación pretende que exista la convivencia pacífica de una diversidad de culturas donde hay una pluralidad de historias, tradiciones, costumbres y creencias religiosas o étnicas donde cada una de estas entidades territoriales vigila y protege la justicia, igualdad y el orden de cada uno de sus integrantes.

2.1. Carencias que imposibilitan la idoneidad y la autonomía.

Para que exista la JEI es necesario que desaparezca el Pluralismo jurídico de las jurisdicciones territoriales indígenas y que este pluralismo solo se ejerza en los casos que lo establece la Constitución, a saber, si el delito fue cometido fuera de la jurisdicción territorial, si hay implicada en el proceso judicial una persona ajena a la comunidad o si se vulneraron derechos fundamentales en las víctimas del acto punible. Se trata de que en el caso de la justicia indígena en Colombia conviven dos sistemas judiciales simultáneamente, y ambos están reconocidos legalmente y ambos ejercen control sobre la comunidad en cada una de las jurisdicciones indígenas existentes; de este modo tiene que existir claridad de cómo se ejerce este pluralismo ya que existen multiplicidad de errores jurídicos; “casos que deberían ser dirimidos por la comunidad han pasado a la justicia indígena y otros que definitivamente tendrían que haber sido tratados por la justicia ordinaria”⁴⁵, en especial aquellos que atentan contra los derechos fundamentales de la comunidad indígena y en nuestro caso contra mujeres menores de edad, han quedado en la impunidad ya que la JEI no tiene la capacidad ni la idoneidad para tratarlos.

De este modo, una jurisdicción prevalece y ejerce dominio sobre la otra y no hay claridad sobre cuándo y en qué casos debe ejercer su poder. Lo ideal sería que la justicia ordinaria no ejerciera ningún control sobre la JEI ya que esta debería ser

⁴⁵ LÓPEZ ALTAMIRANO, Mauro Fernando. La Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción ordinaria: problemas de competencia. 2013. Tesis de Maestría.

idónea para dirimir todos los conflictos al interior de cada comunidad indígena, incluyendo los casos de vulneración de derechos fundamentales en las víctimas.

Si se ubicara a los integrantes de la comunidad indígena en una jurisdicción totalmente diferente a la de ellos, ese estaría violentando sus derechos al ignorar la existencia de las normas que ya están estipulados en la Constitución. Sin embargo, varios de los procesos que se inician son calificados ante los jueces de la jurisdicción ordinaria, referenciados en una gran cantidad de pronunciamientos jurisprudenciales, reflejándose el incumplimiento de la protección normativa que para ellos se genera, debido a la negligencia en el control de los requisitos que dan lugar al fuero indígena, como son:

“que existan autoridades con funciones propias de juzgamiento dentro de su territorio, que exista la potestad para establecer y aplicar las normas y procedimientos propios de su ámbito, y que se dé la competencia del legislador indígena para coordinar la jurisdicción indígena con la nacional, entre otras⁴⁶”.

Si existiera una real autonomía por parte de la J.E.I., todo el proceso desde la audiencia de formulación de acusación, hasta la audiencia que dicta el fallo estaría en cabeza de su cabildo quien sería el único encargado de realizarlo, y la justicia ordinaria perdería total competencia para sancionar las conductas punibles que cualquier miembro de una comunidad indígena, pero esto no es así.

⁴⁶ CASTRO, Mendoza Clemente. Derechos fundamentales de los pueblos indígenas y la etnohistoria de la vulnerabilidad de una propiedad colectiva: caso Tubará. Justicia, 2005. Vol. 5.

Además, mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia se dictó lo siguiente:

“a la violación de principios de las diversidades étnicas que están protegidas por la Constitución del 1991 y que han sido reconocidas como tal para la protección de los derechos de los miembros de las diferentes comunidades indígenas, con el fin de que estos sean juzgados de acuerdo a sus costumbres; sin salirse de la normatividad impuesta por la constitución y las leyes. De igual manera el derecho que tienen los miembros de estas comunidades a tener un fuero, el cual tiene límites para poder atender circunstancias especiales en un caso determinado.”⁴⁷

En la Constitución de Colombia a las comunidades indígenas se les da un carácter de entidades territoriales especiales dentro de nuestro territorio colombiano⁴⁸ pero así como se le están otorgando ciertos derechos de carácter constitucional también se señalan deberes de carácter obligatorio por parte de estas comunidades indígenas para que “se dé una solución pronta cada vez que se vea afectado el orden público o que se afecte la tranquilidad social cuando se vulneran los derechos fundamentales al interior de la comunidad”.⁴⁹

Cabe resaltar que no se puede hablar de un pluralismo jurídico como una alternativa de los estados para liberarse de la carga procesal que tienen con sus ciudadanos ya que esto estaría desprotegiendo los derechos y principios fundamentales dándoles una impunidad en el sentido estricto de la palabra.

⁴⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. SENTENCIA. T – 617 de 2010, M.P; Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Título XI De la organización territorial. Cap. 4 Del régimen especial. Artículos 286 y 287.

⁴⁹ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. “Lecciones de derecho procesal: Teoría del proceso.” Bogotá. Escuela de Actualización Jurídica. 2013.

Los planteamientos de Fitzpatrick hablan sobre una armonización entre comunidades dándoles respaldo democráticamente, como dice el planteamiento:

“...para fortalecer las democracias y desvirtuar los procesos de subjetivación de los sujetos políticos que suscribieron el pacto político. Solo de esta manera, el carácter instrumental del pluralismo jurídico abandona la dimensión extraordinaria del derecho, y fortalece la relacional. Las comunidades indígenas son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social (...)”⁵⁰.

No se debe decir que en la Constitución se llegue a una supremacía por parte del estado colombiano sobre las entidades territoriales indígenas, vale la pena considerar lo manifestado por Sánchez:

“Si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar lo que ella llama los mínimos fundamentales, es decir, los derechos humanos y los derechos fundamentales de las personas que conviven en dichas comunidades”.⁵¹

La Corte Constitucional mediante la sentencia T-552 DE 2003 expone que mediante la Constitución de 1991 está establecido que debe haber una coordinación por parte de la jurisdicción ordinaria hacia la “JEI”. Sin embargo, en esta sentencia se dictó que la ausencia de esa coordinación por parte del gobierno colombiano, no significaba ningún impedimento para que la jurisdicción indígena funcione con normalidad y con las disposiciones de ley, lo que permite a la jurisdicción ordinaria sea competente para conocer los procesos particulares en los que se presente un

⁵⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T – 254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ JARAMILLO, Esther. La Jurisdicción Especial Indígena. Bogotá. 2013.

verdadero conflicto de competencia, cualquier juez de la república está en completa capacidad para solucionar y dictar fallo según la normatividad o del país.

“Hay un incumplimiento que radica en la ley de coordinación al que se enfrentan día a día los órganos con competencia para juzgar y conocer de los casos en donde no hay claridad para determinar el procedimiento, la jurisdicción y competencia para cada situación. Esta falta de coordinación es una vulneración a los derechos fundamentales de las minorías étnicas que se intenta proteger con el otorgamiento de un fuero propio.”⁵²

En los últimos años se ha adelantado un proceso en el cual se pueda hacer una relación más amena para el mejoramiento del acceso la justicia por parte del Consejo Superior de la Judicatura y la tan extensa organizaciones de las comunidades indígenas de Colombia y la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca que fueron los que iniciaron todo este proceso para poder inicial el proyecto “Apoyo a la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional financiado a través del Banco Interamericano de Desarrollo con recursos donados por el Fondo Especial Japonés y cofinanciado con recursos del Consejo Superior de la Judicatura”.⁵³

El proyecto “Apoyo a la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional”, fue el debate entre el pueblo indígena y los representantes del Consejo Superior de la Judicatura y establecieron ciertos parámetros especiales para realizar un Comité Asesor y así establecer un convenio entre la Organización Nacional Indígena del Colombia ONIC representando todos los pueblos indígenas interesados y por parte del gobierno nacional el Consejo Superior de la Judicatura. En marzo del 2003, se pudo hacer el Comité Asesor para

⁵² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵³ ARBELAEZ DE TOBÓN, Lucía. LA JURISDICCión ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA Y LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN CON EL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL. 2004.

el programa, quedando en firme el convenio de Cooperación con la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC.

”El objetivo del Convenio es establecer los mecanismos de coordinación, participación y cooperación para la ejecución del proyecto denominado: Apoyo a la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional, entre el Consejo Superior de la Judicatura y la ONIC con el fin de mejorar el acceso a los servicios de justicia de los territorios indígenas garantizando y fortaleciendo el reconocimiento a la diversidad étnica en la aplicación de los sistemas de justicia de cada pueblo. Con el fin de cumplir con el objetivo se han realizaron diferentes reuniones con el Comité Ejecutivo de la ONIC para socializar el avance de la ejecución de los Proyectos del Programa”.⁵⁴

En este sentido, cuando se realiza un acto punitivo por parte de algún miembro de una comunidad indígena que este amparada por la Constitución y el gobierno colombiano, debería ser sancionado, pero garantizándose el fuero natural que por derecho tiene. Es por esto que se analiza si cumple con elementos tales como:

“El personal (en este caso se verifica si hace parte de una etnia), el geográfico (si la conducta fue cometida al interior de su territorio). Si no cumple con estas disposiciones y otras, este podría perder su protección constitucional y ser juzgado frente a la jurisdicción ordinaria”.

Es importante indicar que la finalidad de este trabajo es porque existen los vacíos normativos frente a los diferentes conflictos de competencia y ordenamiento jurídico que están involucrados cada uno de los integrantes de las comunidades indígenas amparadas por la Constitución y que haya una seria violación de derechos humanos

⁵⁴ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía. La Jurisdicción especial Indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Guatemala, 11 de agosto de 2004.

y derechos fundamentales que son examinados hasta no ponerse en funcionamiento la ley de coordinación fundamental para cada caso.

El fuero por el cual están investidas las comunidades indígenas en el territorio colombiano les ha permitido a los indígenas en el evento de que una persona dentro de esta comunidad comete un delito, esta persona no será judicializada, ni sancionada por la jurisdicción ordinaria sino que en su caso especial esta persona será enjuiciada frente a una junta especial donde se le dictará un castigo que en la mayoría de eventos no cumple con el principio de proporcionalidad de la pena frente al delito cometido y no se garantiza el debido proceso al individuo en el juicio.

Este tema no ha sido tratado en el Congreso de la República y ha sido la Corte Constitucional mediante sentencias la que ha legislado al respecto. Al respecto, algunos especialistas en el tema se han pronunciado. El primer autor es Juan Carlos Quintero Calvache el cual en su escrito “El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica nos define la jurisdicción indígena y su función en la sociedad y hace alusión a la responsabilidad vinculadas en el escrito ya mencionado”.⁵⁵

Otro autor es Hernando León Londoño Berrio el cual mediante su ensayo “el fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia”⁵⁶ plantea la respectiva jurisdicción especial penal para que la misma se materialice en unos lineamientos, mostrando los abusos cometidos en materia de derechos fundamentales por las comunidades indígenas. Además, afirma que la “preponderancia de los valores

⁵⁵ QUINTERO CALVACHE, Juan Carlos. “El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica” Santiago de Cali. 2011.

⁵⁶ EL FUERO Y LA JURISDICCIÓN PENAL ESPECIAL INDÍGENAS EN COLOMBIA. “Referentes teóricos que han guiado la solución”. [En línea] disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_10.pdf. Pág. 187. 2006.

constitucionales debe prevalecer en todas las culturas; en las cuales se presente el problema de investigación previamente citado”.⁵⁷

Por último, Lucia Arbeláez De Tobón hace referencia al manejo de la política de estado frente a la jurisdicción indígena en su escrito “La jurisdicción indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional”.⁵⁸

Es por eso se puede concluir, bajo dos variables los siguientes aspectos; primero en la necesidad de tener un control frente a estas entidades territoriales especiales donde se encuentran estas comunidades indígenas en el territorio colombiano, para así dar una mayor garantía y protección de los derechos humanos de una manera correcta y eficaz, y segundo, en la vigilancia que se le debería estar haciendo a los procesos judiciales que se están realizando en las comunidades indígenas en todo el territorio colombiano para que haya un cumplimiento de todos los principios que como estado social de derecho tenemos todos los habitantes del territorio nacional; es así, como estos dos aspectos se conciben de manera errónea ya que no cuentan con una verdadera estructura judicial que les ayude a cumplir con todos los requisitos procesales, que como en la jurisdicción ordinaria se cumplen y que garantizan tanto derechos como principios constitucionalmente amparados; esto hace que se dé una gran diferencia de proporcionalidad en la condena judicial en sus sentencias.

Teniendo en cuenta que son demasiados los casos y múltiples los tipos de vulneración de los derechos fundamentales que se comenten al interior de las comunidades indígenas, es necesario restringir dicha tipificación en la presente tesis a solo a los casos de vulneración que se presentan en contra de la mujer menor de edad, a partir de violaciones que son cometidas por miembros de la misma

⁵⁷ “EL FUERO Y LA JURISDICCION PENAL ESPECIAL INDIGENA EN COLOMBIA. Referentes teóricos que han guiado la solución” [En línea] disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_10.pdf. Pág. 189. 2006.

⁵⁸ ARBELAEZ de Tobón, Lucia. “La Jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional.” Guatemala. 2004.

comunidad indígena y en muchos casos por indígenas que representan algún tipo de autoridad, lo cual impide que las mujeres accedan a una verdadera justicia y muchas veces resulten siendo ignoradas y hasta castigadas por injuria o calumnia o porque no denunciaron a tiempo. También existe la condición en la cual un caso juzgado al interior de la justicia indígena no puede ser apelado en una segunda instancia y las niñas con sus familias tienen que aceptar el tratamiento que la justicia indígena le dé a dicha violación.

También hay que anotar que es muy difícil que la Corte Constitucional cambie o transforme la JEI; habría que cambiar la constitución y ello solo puede ser posible a través de un plebiscito. De este modo es improbable que se pueda dar una transformación a la JEI de fondo, en la cual sea tenida en cuenta la vulneración de todos los derechos fundamentales, ya que desde muchas ópticas y miradas se deben respetar las costumbres y la cultura de las comunidades y para ellas algunas prácticas culturales no vulneran los derechos fundamentales, que entre otras cosas, son desconocidos o no son tenidos en cuenta por los miembros de la comunidad, ya que no son más que una imposición cultural.

Los casos más significativos de vulneración de los derechos fundamentales se dan entonces en contra de las menores de edad al interior de las comunidades indígenas. Si bien es muy difícil e improbable que la Constitución pueda ser cambiada, si se puede lograr que la JEI tenga en cuenta la violación y el maltrato contra las menores de edad como casos especiales que deben ser tratados excepcionalmente, ya bien homologando las penas con la justicia ordinaria o siendo remitidos dichos casos directamente a dicha justicia para su tratamiento en derecho, teniendo en cuenta que las víctimas en estos casos deben ser reparadas y que las penas en contra de sus agresores deben ser justas y ejemplarizantes, lo cual no sucede actualmente en la JEI, ya que en la gran mayoría de estos casos los victimarios son dejados en libertad tras haber cumplido unas penas irrisorias y absurdas, (latigazos o trabajos al interior de la comunidad) y quedando un delito de

lesa humanidad como la violación, la desaparición y hasta el asesinato en contra de menor de edad en la completa impunidad.

En este aspecto hay gran cantidad de entes, organizaciones y personas no solo en Colombia sino en el mundo entero que están interesados en dicha transformación, entre los cuales nos encontramos, los cuales creemos que por lo menos se debe transformar o hacer un otrosí a la constitución en este aspecto y defender y proteger los derechos de las mujeres menores de edad en las comunidades indígenas. Creemos que ahí sí puede tener éxito nuestra monografía...si tomamos la JEI y todos los casos de vulneración de derechos fundamentales dicha transformación sería una utopía.

Se puede dirimir en base a este respecto, que el pueblo colombiano se podría pronunciar bajo un mecanismo de participación ciudadano, podría ser a través de un plebiscito y lograr que en las comunidades indígenas se respeten los derechos de infancia y adolescencia, así como los derechos sexuales de la mujer, y que estos sean integrados a la JEI, los cuales son inalienables y no deben ser vulnerados por ningún tipo práctica o costumbre ancestral o cultural.

En la medida que avance el siguiente proyecto investigativo, se presentaran algunos casos en los cuales se han cometido delitos graves en contra de mujeres menores de edad al interior de las comunidades indígenas tipificados como violaciones sexuales (y entre otros casos), denominados como acceso carnal violento agravado en menor de edad por la justicia ordinaria y en los cuales la JEI no ha operado de manera suficiente e idónea, con lo cual se pretende argumentar la necesidad prioritaria que existe de realizar los ajustes pertinentes a dicha jurisdicción para que no se sigan presentando dichas vulneraciones y para que la JEI cumpla a cabalidad con la finalidad para la cual fue creada a través de la constitución del 91, como lo es, impartir justicia a todos los miembros de la comunidad indígena de un modo efectivo y satisfactorio.

Si se debe intentar que la JEI sea realmente autónoma, es necesario analizar con detalle todos y cada uno de los aspectos en los cuales dicha jurisdicción debe ser optimizada, por ello, deben ser analizadas todas las excepciones que determina la constitución ante las cuales la JEI no tiene operatividad.

2.2. La ignominia ante una justicia inoperante

Si se pretende que casos como los que se han mencionado a saber, acceso carnal violento agravado, sean tratados y juzgados por la JEI, se tiene que dar todo un entramado de acciones a través de la cual se garantice a la víctima las garantías procesales pertinentes, se realicen los exámenes médicos de rigor para establecer la consumación del delito y la responsabilidad probatoria del acusado, se asuma la proporcionalidad de la pena al victimario, y se tipifique al interior de la normatividad indígena dicho delito de una manera detallada para garantizar que no exista impunidad, que exista la respectiva reparación de los daños causados a las víctimas y se condene el delito de una manera ejemplarizante, acorde con el tratamiento que le da a este tipo de conductas la ley ordinaria. Si esto se realiza con todas y con cada una de las conductas delictivas que son tratadas como excepciones por la constitución para que las puede asumir la JEI, se puede entonces hablar de una real autonomía de la JEI.

De este modo se analizará a continuación algunos de estos delitos cometidos al interior de las comunidades y de igual medida se revisará como los han asumido tanto la JEI como la justicia ordinaria, la coordinación que ha existido en dichos casos, el tratamiento jurídico que se ha hecho de ellos y las sentencias que se han dictado al respecto para así poder analizar a fondo, qué acciones debe realizar la JEI para asumir dichos casos con autonomía e idoneidad.

Una noticia que puede ser algo común en relación el tema, es la que a continuación se expondrá y analizara, y no porque sea una excepcional o diferente a algunas otras, si no porque es a raíz de esta problemática donde se puede evidenciar el choque y la real confrontación entre estas dos jurisdicciones en Colombia. Dicho suceso, tiene que ver con las principales autoridades indígenas de una comunidad y al enterarse de el acceso carnal violento a una menor de 14 años, deciden entregar al presunto responsable.

“En la escuela de la vereda la Colorada del municipio de Fortul se produjo la captura de un integrante del resguardo indígena Macaguán, quien de acuerdo a los señalamientos de la comunidad sería el responsable de la violación de una menor, perteneciente a esa tribu. El acceso carnal violento en contra de la menor de edad, se habría presentado en la mañana del miércoles, cuando el sujeto al parecer abordo a la menor y procedió a cometer el delito. El indígena señalado como responsable fue aprendido por la comunidad indígena e integrantes de la institución educativa quienes alertaron a la Personería, la Policía, el Ejército y Asuntos indígenas del municipio de Fortul, tras detectar la presencia del presunto abusador. Oscar Toro secretario de gobierno del municipio de Fortul, señaló que fueron las propias autoridades indígenas quienes entregaron al ciudadano para que la justicia ordinaria juzgue a esta persona.”⁵⁹

Esta, y demás denuncias luego de analizar muchos casos en los cuales las menores indígenas han sido víctimas de violaciones por parte de miembros de su misma comunidad, el Consejo Superior de la Judicatura recordó que el fuero indígena no

⁵⁹ EL HERALDO. Primeros seis capturados por abusos sexuales a niñas wayuu. [En línea]. Disponible en: <https://www.elheraldo.co/la-guajira/capturan-seis-hombres-por-abusos-ninas-wayuu-255185>. 2016.

puede amparar a los sujetos implicadas en delitos contra la integridad sexual de los menores. Según la corporación, el mandato constitucional impone que lo que el artículo 208 del Código Penal (el cual fue reformado por el artículo 4º de la Ley 1236 del 2008) describe como acto sexual abusivo con menor de 14 años sea de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Además, el artículo 44 de la Constitución obliga a proteger a los menores contra todo acto de abuso sexual, y el Código de la Infancia y la Adolescencia impide conceder beneficios penales a quien sea imputado o condenado por conductas como esta. De acuerdo con la sentencia, no solo el lugar donde ocurrieron los hechos es importante para definir la competencia, sino que también la afectación del individuo frente a la sanción, etc.

Por ende, es necesario delimitar si el delito fue consumado al exterior del territorio indígena, si el implicado estaba en capacidad de comprender el atropello e ilegalidad de su comportamiento en base al ordenamiento territorial o si fuese el caso, no comprendía esta ilicitud, caso en el cual sería posible asignar el conocimiento del asunto a la jurisdicción especial. No obstante, insistió el alto tribunal, “por la naturaleza del delito y la calidad de la víctima, el acceso carnal abusivo con menor de 14 años escapa de la competencia de esa jurisdicción”⁶⁰.

En este orden de ideas, también la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se ha encargado, entre otras cosas, de dirimir el conflicto positivo de jurisdicciones promovido entre el juzgado promiscuo del circuito de Silvia - Cauca y el cabildo indígena de Paniquitá que se encuentra en el departamento del Cauca, con ocasión del conocimiento de un proceso penal relacionado con el delito

⁶⁰ COLOMBIA. Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia 00011. 22, enero, 2014. M.P; OVIDIO CLAROS.

de actos sexuales con menor de 14 años y de esta manera se configura como delito agravado en concurso sucesivo y homogéneo.

Es necesario mencionar que el procesado es el tío de la menor. En entrevista con la Fiscalía, la víctima agregó que informó de lo sucedido a su abuela y a su padre. Estos regañaron a su tío, pero continuó abusándola en varias oportunidades. También fue valorada por un médico forense y por una sicóloga, quienes conceptuaron que presentaba una “desfloración antigua y que su relato de los hechos era coherente, claro, espontáneo y detallado”. De ahí que el juzgado segundo promiscuo municipal de Silvia ordenó la correspondiente captura del presunto agresor. Tiempo después, el gobernador y representante judicial de dicho cabildo señaló que, en su calidad de autoridad tradicional indígena, solicitaba la entrega del investigado, con el fin de poder continuar su proceso bajo sus usos y costumbres.

Por lo anterior, la juez del circuito de Silvia consideró trabado el conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena y, en consecuencia, ordenó suspender el trámite procesal y remitir el asunto a la Sala Disciplinaria, a fin de que se definiera el conflicto de jurisdicciones”.⁶¹

La Sala empezó explicando que la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente en las sentencias T-617 del 2010 y T-002 del 2012, ha fijado que, a falta de un desarrollo legislativo, los criterios a tener en cuenta al momento de desatar este tipo conflictos procesales son el personal, el territorial, el institucional y el objetivo.

Esta confluencia de factores, en el caso de autos, reseña la providencia, amerita que la ponderación entre la protección de la diversidad étnica y cultural y los derechos de la víctima se incline en favor de esta última. En relación con el

⁶¹ AMBITO JURIDICO. Dirimen conflicto jurisdiccional relacionado con una menor indígena víctima de violencia sexual. [En línea]. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/dirimen-conflicto-jurisdiccional-relacionado-con-una-menor>. 27 de abril de 2017.

elemento objetivo precisó que, no obstante, la integridad personal y libertad sexual son bienes jurídicos que hacen parte de un consenso intercultural, al recaer la conducta de acceso carnal violento en una menor no hay duda que el comportamiento examinado adquiere notoria gravedad dada la cláusula de prevalencia superior de sus derechos.

Lo anterior, sugiere la salvaguarda de dichos intereses, representados en los derechos de los menores y que han sido reconocidos por todos los tratados de derechos humanos. Las altas cortes enfatizaron que los derechos fundamentales del menor tienen un carácter imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Dicha obligación de asistencia y protección se encamina a garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndosele tal responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado, “los cuales participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos, ello sin perjuicio del pluralismo cultural y jurídico, concluyó el alto tribunal, razón por la cual asignó la competencia para conocer de la investigación a la jurisdicción penal ordinaria”⁶².

⁶² COLOMBIA. Consejo Superior de la Judicatura. CONFLICTO POSITIVO DE JURISDICCIÓN / Ordinaria Penal – Indígena. M.P. Julia Emma Garzón. 26 de abril de 2017,

2.2.1. La Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena, estudio de casos de violencia sexual contra niños y mujeres: Corte Suprema.

“Corresponde a la jurisdicción ordinaria, y no a la especial indígena, conocer los casos de violencia sexual cuando las víctimas son niños y mujeres, por ser considerados sujetos de especial protección, y atañe al Estado, a través de sus instituciones, prevenir, investigar y sancionar las agresiones de las que hayan sido objeto.”⁶³

La Corte Suprema de Justicia así lo expreso, especificando que la integridad sexual de los niños es un bien jurídico que puede aplicarse a cualquier jurisdicción (ordinaria e indígena), teniendo en cuenta los casos donde la víctima de la agresión sexual tenga la doble condición, ósea, menor de edad y sexo femenino, impone al Estado a garantizarles sus prerrogativas superiores, dando aplicación al principio de la prevalencia de éstos frente a los demás.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional reitera:

“Que la existencia de una jurisdicción especial indígena ha dado paso a que pueda hablarse de la existencia de un fuero indígena que, además del derecho de la comunidad a ejercer jurisdicción, también representa un derecho de la persona a ser juzgada conforme a sus usos y costumbres, y que para que se active esta jurisdicción especial, se deben tener en cuenta un conjunto de criterios tomando en consideración cuatro tipos de factores: (i) el personal; (ii) el geográfico; (iii) el objetivo; y (iv) el institucional”.⁶⁴

⁶³ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Tutela STC7111 – 2018. M.P; MARGARITA CABELLO BLANCO.

⁶⁴ COLOMBIA. Corte Suprema De Justicia. “La Jurisdicción Ordinaria y no al indígena estudio de casos de violencia sexual contra niños y mujeres: Corte Suprema”. [En línea] Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/06/08/a-jurisdiccion-ordinaria-y-no-a-la-indigena-estudio-de-casos-de-violencia-sexual-contra-ninos-y-mujeres-corte-suprema/>. 2018.

De este modo, en la providencia no se ignora la autonomía de las comunidades indígenas para castigar los delitos por medio de sus normas de control social en virtud de que gozan un equilibrio comunitario, pero que las investigaciones de los casos de violencia notificados deben estar al mando por personal apto y calificado que le permitan a la víctima el acompañamiento necesario para superar el trauma y prevenir la re victimización. La Sala al respecto se pronunció:

“Tal autoridad indígena cuenta con las instituciones necesarias para investigar la ocurrencia de un hecho delictivo y de imponer un castigo a los responsables, pero, tratándose de delitos sexuales, no cuentan al interior de la comunidad con mecanismos que propendan por garantizarle los derechos fundamentales a la víctima, en especial, de brindarle el acompañamiento psicológico necesario para superar el trauma que este tipo de conductas le genera”⁶⁵

Cuando el sujeto activo es miembro de una comunidad indígena y la víctima un menor de edad sea o no de la comunidad, es “el estado quien debe garantizar la defensa de los derechos del menor por encima de cualquier jurisdicción especial”.⁶⁶ De este modo “en ningún caso la comunidad indígena debe hacerse responsable de este tipo de casos y estos deben pasar inmediatamente a la justicia ordinaria”⁶⁷

Si bien las relaciones sexuales con menores de edad son legales con la llegada de la menarquía al interior de las comunidades cuando son consentidas socialmente, no lo son cuando hay violación, es decir acceso carnal violento agravado; en este caso la JEl no tiene experiencia ni usos ni costumbres para tratar estos casos y ante esto puede haber impunidad.

⁶⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Tutela STC-7111 de 2018. M.P Margarita Cabello Blanco.

⁶⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T – 617 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T – 921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Además, no poseen los requerimientos técnicos para realizar un peritaje de medicina legal en dichos casos. y demostrar la materialidad de los hechos en el acceso carnal violento, de este modo la JEI no satisface ni garantiza los derechos de las víctimas.

En este caso de acceso carnal violento se le realizaron por parte de la jueza al indígena José Manuel Calatsú Fernández, capitán mayor autorizado por el gobernador del cabildo indígena “la gaitana” para establecer la idoneidad de la JEI para dirimir la situación jurídica del caso en mención, las siguientes preguntas:

1. ¿En sus reglamentos se contempla como infracción o delito el acceso carnal violento?

Respuesta: “Si, para nosotros es un delito y tiene su castigo que va desde fueite, cepo y trabajo forzado en cualquiera de las fincas que tiene el resguardo por un tiempo pues que la asamblea dirá”.

2. ¿Contemplan dentro de su reglamento castigos o “remedios” como ustedes los llaman el de la privación de la libertad en un delito como este tan grave?

Respuesta: “Dentro del territorio pues lo que se contempla es que la persona no está dentro de las cuatro paredes privado de su libertad, sino que esté al interior de su familia con algunas recomendaciones, podrá moverse entonces de su sitio de origen a su sitio de trabajo, y de igual manera viceversa”.

3. ¿Quiénes son garantes de esto?

Respuesta: “Pues la misma comunidad, no deberá entonces andar digamos, calle abajo calle arriba, deberá comportarse al máximo allá al interior de la comunidad”.

4. ¿Qué garantías se le ofrecen a la víctima?

Respuesta: “bueno, nosotros una vez en todos los procesos, una vez acepte cargos, nosotros lo que hacemos es llamar a la víctima, me refiero a los casos, pues de homicidio, nadie acepta, porque eso también se ha hecho, quedan huérfanos, la

familia, la parte afectada no acepta bajo ningún punto, es situación de que nosotros no podemos hacer absolutamente nada, la misma familia, la misma parte afectada lo rechaza y en todo caso nadie, estaría digamos es que a cambio de esto démosle plata, no ha sido aceptado por la familia, por la parte afectada”.

Ante las anteriores respuestas se evidenció que la JEI no era idónea en el tratamiento de estos casos, además, que no le podía brindar el acompañamiento psicológico a la víctima necesario para superar el trauma que este tipo de conductas genera; tampoco podía prevenir la re victimización que se presenta al tener la víctima tener que convivir con el agresor sin que se presente una garantía de no reincidencia por parte de este, además no hay garantía de que en adelante ella puede llevar una vida libre de violencia, de que se respete su integridad psíquica, física y moral, y de que tenga acceso efectivo al resarcimiento, a la reparación del daño a través de medios justos y eficaces.

En torno a la anterior situación se genera la pregunta que podría ser el abrebocas para entender el por qué la justicia indígena requiere urgentemente de toda la atención del estado colombiano y es ¿Cómo podría manejar un caso así la JEI de manera idónea? Si se puede generar un plan de mejoramiento para que la comunidad indígena solucione con propiedad un caso como el anterior se podría afirmar que, a futuro, realizando un análisis estructural de dicha jurisdicción, esta estaría en capacidad de asumir todos los casos y todas las conductas delictivas que se presentan en la comunidad sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria.

El más reciente caso es el del abuso sexual de un indígena a una menor de edad en donde el Consejo Superior de la Judicatura expuso:

“que el sindicado de abusar sexualmente a una niña de 11 años de edad, es miembro del resguardo indígena Paniquitá de Totoró, Cauca. En donde la justicia de la comunidad indígena no tuvo las capacidades para establecer una pena y proteger a la menor de edad. Leonardo Velasco Camayo, gobernador y representante judicial del cabildo, pidió la entrega del hombre para castigarlo

a través de su jurisdicción, pero la solicitud fue negada. Según las reglas del cabildo, en estos casos la víctima es protegida por un guardia para alejarla del agresor, a quien sancionan con 72 horas en el espacio de armonización y reflexión (calabozo).”⁶⁸

Lo anterior ha degenerado en múltiples casos en los cuales menores de edad son abusados sexualmente y en los cuales los victimarios son denunciados, pero no se ha ejercido ningún acto de justicia ya que en la mayoría de los casos los testimonios son desvirtuados y tenidos en cuenta como mentirosos y los victimarios son dejados en libertad frente a la impotencia de sus víctimas y familiares de las mismas.

De este modo se puede evidenciar como la JEI debe continuar desarrollándose y perfeccionándose ya que hasta aquí se han obtenido muchos logros a nivel de la consecución y reivindicación de derechos jurídicos para las comunidades indígenas, pero es necesario continuar trabajando en su optimización.

Se pretende de este modo demostrar no solo que la JEI no está aún preparada para afrontar todos los retos que se le proponen sino también que es necesario que el estado colombiano propenda por garantizar todo el apoyo para que dicha jurisdicción sea una realidad y cumpla a cabalidad todas las funciones para las cuales fue creada por la Constitución del 91.

En el próximo capítulo, lo que se dispone a analizar consiste en como la justicia ordinaria ha servido de apoyo para lograr afrontar todas aquellas situaciones jurídicas que han requerido de un especial tratamiento, realizando también un análisis de la injerencia que ha tenido la ley de coordinación entre la JEI y la justicia ordinaria, sus alcances, limitaciones y ante todo los vacíos jurídicos que existen al interior de la JEI para afrontar a cabalidad todos los retos que se le proponen para ser una jurisdicción autónoma e independiente. Se pretende también brindar, a partir

⁶⁸ EL TIEMPO. Abuso sexual de indígena a menor de edad irá a la justicia ordinaria. 30 de abril de 2017.

del análisis de casos presentados, un plan estratégico de mejoramiento para ser implementado por la JEI para la consecución de su autonomía e idoneidad.

CAPÍTULO 3. LA MAYORÍA DE EDAD DE UNA JURISDICCIÓN AUTÓNOMA E IDÓNEA FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD

La elaboración de la presente investigación, en cuanto al análisis y los ajustes que debe realizar la JEI para ser realmente efectiva respecto de los casos de vulneración de los derechos fundamentales de los menores de edad indígenas (en específico las niñas), quienes son objeto de delitos o actos punibles consistentes en agresiones y en violaciones sexuales por parte de miembros de la misma comunidad para no ser intervenida en estos casos a través del pluralismo jurídico por parte de la justicia ordinaria, ya que en la mayoría de ellos se presenta impunidad, se debe realizar también en todos y en cada uno de los casos en los cuales se presenta la intervención de la justicia ordinaria o pluralismo jurídico en las diferentes jurisdicciones territoriales indígenas en las cuales opera la JEI, a saber, actos punibles o delitos al interior de la comunidad indígena que vulneran los derechos fundamentales, para lo cual la JEI no está ni constituida ni preparada, y no garantiza el justo castigo, el debido proceso y además; impide el esclarecimiento de la verdad de lo sucedido. Los móviles del acto punible o delito y la identificación de los victimarios para poder así garantizar los derechos y la reparación a quien o quienes han sido las víctimas de dichos actos punibles, de este modo es imprescindible que la JEI debe ser fortalecida de manera integral.

Las comunidades indígenas reclaman la autonomía, pero es necesario que el estado garantice desde otra perspectiva de la jurisprudencia que puedan establecer un sistema judicial autónomo y realmente constituido en el cual de manera explícita, estén tipificados todos y cada uno de los delitos o actos punibles a la luz de los derechos humanos y esté determinado el debido proceso, para que la ley ordinaria no tenga ningún tipo de injerencia, como lo pretenden dichas comunidades; es decir que depende del estado el brindar y garantizar a todas y cada una de dichas comunidades la estructuración de un sistema judicial, que garantice a todos sus habitantes la defensa de sus derechos.

La Corte Constitucional no puede defender ciegamente la autonomía de la JEI sin tener en cuenta que allí se vulneran derechos fundamentales. La Corte establece que deben ser los indígenas los que deben solucionar sus conflictos y esto es un error que va en contravía de la misma constitución ya que se magnifica la autoridad de los indígenas la cual debe ser vista desde otra perspectiva, por lo tanto, no hay quien la controle, la vigile ni la intervenga de la manera más adecuada.

El asunto concreto de la sentencia T-728 de 2002 es la “jurisdicción especial indígena en la cual la corte analizó temas como el conflicto de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial ordinario de Colombia. Aquí el derecho del que gozan estas etnias por el simple hecho de pertenecer a ellas es el fuero indígena, en el cual la finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y forma de vida de estas etnias. Lo cual se debe a la variedad de sistemas de resolución de conflictos, por la gran cantidad de comunidades indígenas y a los parámetros de convivencia de cada una de ellas, que por lo general se basan en el ser más que en el deber ser ya que se basan en un sistema de creencias”⁶⁹.

No se debe decir que en la Constitución se llegue a una supremacía por parte del estado colombiano sobre las entidades territoriales indígenas, ya que, si la JEI tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, “devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar los derechos fundamentales, pero esto es sumamente difícil ya que son muchos los delitos que se cometen en contra de los mencionados derechos”.⁷⁰

⁶⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-728 de 2002. M.P; Jaime Córdoba Triviño.

⁷⁰ SANCHEZ, Esther & JARAMILLO Isabel. La Jurisdicción Especial Indígena. Santa Fe de Bogotá. 2007.

Se debe respetar la jurisdicción especial indígena pero solo hasta cierto límite, ya que una vez dicha normatividad traspasa el umbral que establece la constitución y a través de ella se vulneran los derechos fundamentales, inalienables e inherentes a todos los habitantes del territorio nacional, debe la justicia ordinaria intervenir para reestablecer dichos derechos.

La polémica de la Jurisdicción especial indígena comienza teniendo en cuenta que latigazos, mutilaciones, envenenamiento, destierro e incluso la muerte son castigos y penas legítimas dentro de estas comunidades, las cuales ancestralmente y culturalmente han utilizado este tipo de acciones, llevando entonces a que los castigos impuestos a quienes incurran en actos delictivos o acciones consideradas indebidas dentro de la comunidad no estén en concordancia con el tratamiento que hace la justicia ordinaria de los mismos y vulneren flagrantemente los derechos humanos.

Al respecto, se presenta una discusión entre principios y derechos de origen constitucional, donde se determina una culturalidad libre de las diversas comunidades indígenas, no obstante, estas comunidades establecen unos parámetros para el ejercicio de estos derechos, sin ignorar que la normatividad no puede garantizar una protección que el gobierno nacional tiene que hacer frente al crecimiento de la autonomía de las comunidades indígenas y a la “minimización de las restricciones a dicha autonomía a las indispensables para salvaguardar los intereses de superior jerarquía”.⁷¹

La institucionalidad indígena se debe integrar a la institucionalidad del estado con suficiencia y autonomía para que el estado no tenga que intervenir en sus decisiones; pero es necesario que los indígenas sean conscientes de que existen

⁷¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia. T- 349 de 1996. M.P; CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
COLOMBIA. Corte Constitucional. T- 523 de 1997. M.P: CARLOS GAVIRIA DIAZ.

muchas costumbres, tradiciones y prácticas que vulneran los derechos fundamentales.

De este modo la propuesta que se realiza para la optimización de la JEI es tan solo un pequeño segmento de lo que es necesario realizar al interior de toda la JEI y un comienzo el cual indiscutiblemente marca el derrotero que se debe seguir para la consecución de una JEI realmente idónea y autónoma. El enfoque es solamente en la violación de los derechos de las niñas, mujeres menores de edad que son agredidas, abusadas, accedidas y violadas sexualmente por parte de miembros de su misma comunidad, y cuya respuesta por parte de la JEI es insatisfactoria.

Esto como una muestra o un ejemplo a partir del cual se puede argumentar que la JEI debe ser optimizada; pero sería importante preguntarse hasta dónde llegan los derechos de estas comunidades para impartir justicia de esta manera. Si bien la Constitución de 1991 reconoce la multiculturalidad, el pluralismo étnico y la jurisdicción especial indígena, así como la capacidad de estas comunidades para administrar justicia en cabeza de las autoridades indígenas, muchas decisiones ante delitos o acciones punibles de este tipo, están explícitamente tipificadas en la constitución como vulneraciones graves a los derechos fundamentales de los individuos, ante lo cual es necesaria y obligatoria la intervención inmediata del estado a través de la justicia ordinaria para garantizar que no se vulneren dichos derechos.

De esta manera, acciones concebidas como atroces y aberrantes en nuestra sociedad como la violación hacia una menor de 12 años de edad, por ejemplo, sean concebidas como normales para muchas comunidades indígenas que establecen la mayoría de edad para las niñas una vez han tenido su primera menstruación y que por ende ya son consideradas como mujeres. Es decir, para estas comunidades no existen las etapas de pubertad y de pre adolescencia como se entendería generalmente como cultura occidentalizada.

Entonces cabe preguntarse y se debe responder con claridad ¿En qué casos de manera rotunda debe intervenir la justicia ordinaria a la JEI para impedir la vulneración de los derechos humanos, fundamentales y el derecho al debido proceso? O de otra manera, ¿Está la justicia ordinaria capacitada de manera idónea para intervenir en dichos casos? Así como ¿Es la justicia especial indígena realmente autónoma e independiente de la justicia ordinaria aun cuando vulnere los derechos fundamentales?

Las comunidades indígenas han sido milenariamente ejemplo de la armonización que debe implementarse el hombre con relación a su alrededor, por ende, el tema de la justicia no debe ser concebido como la capacidad de castigar y de someter al prejuicio a quienes han generado el delito en las comunidades. Más bien, deben avanzar en garantizar unas condiciones de vida para cada uno de los integrantes de la comunidad a la luz de los derechos fundamentales y los derechos humanos.

Si bien es cierto que los derechos humanos y los derechos fundamentales no fueron creados ni erigidos por ellos, ya que fue la sociedad occidental quien los implemento luego de la revolución francesa, si es necesario que ellos tomen conciencia de que existen y que estos derechos deben ser entronizados por la comunidad ya que garantizan el bienestar y la paz de toda la comunidad.

Así, debe existir todo un proceso de sensibilización para que dichas comunidades opten por hacer suyos dichos derechos y para que desaparezcan las prácticas que los vulneran y existan penas consecuentes para quienes las cometan, para que estas acciones no queden en la impunidad amparadas en el pretexto de que se realizan porque son costumbres ancestrales.

Para poder vivir en armonía se requieren diálogos constantes y profundos sobre los temas y los aspectos que van adquiriendo relevancia en cada momento histórico. Hoy se debe hacer una reflexión exhaustiva acerca de la violencia sexual en contra de las mujeres en las comunidades indígenas y cómo esta es asumida por la jurisdicción especial que protege a los indígenas y por la justicia ordinaria; este es

un tema en el cual hay grandes diferencias entre estas dos jurisdicciones porque ancestralmente la mujer no es sujeto de derechos al interior de la comunidad, además de las prácticas ancestrales que vulneran los derechos que tienen una connotación sexual y reproductivos hacia las mujeres.

Existen grandes vacíos al interior de la jurisdicción especial indígena y si el objetivo es que sean realmente autónomas e independientes se tiene que generar todo un proceso de revisión y de construcción de una estructura jurídica al interior de las comunidades mediado por la formación en derechos, el diálogo y la concertación sin que esta jurisdicción vulnere la identidad de las comunidades pero también sin que se vulneren los derechos que se deben garantizar a la luz de la constitución; este andamiaje debe ser generado, financiado y promovido de un modo integral por el estado colombiano.

Se cuestiona el hecho de que se le brinda a las comunidades indígenas la oportunidad de tener una justicia propia pero no se les asigna ningún presupuesto para su funcionamiento y fortalecimiento; si la justicia ordinaria no funciona teniendo presupuesto, mucho menos va a funcionar la Justicia indígena sin presupuesto.

La JEI en colaboración de las corporaciones públicas deberán viabilizar y liderar todo el proceso de construcción y fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena y propender por su autonomía a la luz de los derechos. En esta medida, si se fortalece y se estructura realmente con todo lo que ello implica, la JEI las comunidades pueden realmente ser autónomas.

La Jurisprudencia Constitucional ha establecido unos parámetros a la administración de justicia de todas las comunidades indígenas, ya que estas tienen que propender por los derechos fundamentales a la vida, la prohibición taxativa de la esclavitud, tortura, respeto al debido proceso y la legalidad de los delitos y las penas, es decir que estas estén tipificadas, cualificadas y descritas taxativamente.

Juan Quintero Calvache en su escrito: “El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica” nos define la jurisdicción indígena y su función en la sociedad, además; hace alusión a la responsabilidad vinculadas en el escrito ya mencionado.⁷²

De igual manera, Hernando León Londoño Berrio el cual mediante su ensayo: “el fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia”⁷³ plantea que:

“la JEI se debe materializar en unos lineamientos, mostrando los abusos cometidos por las comunidades indígenas en contra de los derechos fundamentales de sus integrantes, esto desde un aspecto sociológico; además afirma que la preponderancia de los valores de carácter constitucional los cuales deben prevalecer en las culturas; en las cuales se presenta la situación de nuestro trabajo investigativo previamente citado”.⁷⁴

Por último, Lucia Arbeláez De Tobón hace referencia al manejo de la política de estado frente a la jurisdicción indígena en su escrito “la jurisdicción indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional”.⁷⁵

Se desea así crear un sistema estructurado que garantice los derechos fundamentales para todos los indígenas sin que este sistema vulnere sus

⁷² QUINTERO CALVACHE, Juan Carlos: “El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica”, Santiago de Cali. 2011.

⁷³ “EL FUERO Y LA JURISDICCIÓN PENAL ESPECIAL INDÍGENAS EN COLOMBIA”. Referentes teóricos que han guiado la solución (pág. 187). [En línea] disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_10.pdf. 2006

⁷⁴ “EL FUERO Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA”. Referentes teóricos que han guiado la solución (Pág. 189) [En línea] disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_10.pdf. 2006

⁷⁵ ARBELAEZ DE TOBON, Lucia. “La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional”. Guatemala. 2004.

costumbres y prácticas ancestrales ya que estas son la esencia de su devenir como indígenas.

“Hay un incumplimiento que radica en la ley de coordinación en la que se enfrentan día a día los órganos con competencia para juzgar y conocer de los casos en donde no hay claridad para determinar el procedimiento, la jurisdicción y competencia para cada caso. Esta falta de coordinación es una vulneración a los derechos fundamentales de las minorías étnicas que se intentan proteger con el otorgamiento de un fuero propio. Cuando un miembro de alguna de estas comunidades ha cometido un delito debe ser sancionado y para esto hay que analizar si es protegido por el fuero o no lo es. Es por esto que se analiza si cumple con elementos tales como: el personal (en este caso se verifica si hace parte de una etnia) y el geográfico”.

Si no cumple ciertas condiciones establecidas, este carecería de su protección constitucional y, por ende, deberá ser juzgado ante la jurisdicción ordinaria. Si bien el Estado debe respetar las costumbres indígenas, debe también garantizar que en ningún modo se vulneren los derechos fundamentales de todos los miembros de la comunidad en especial de sus integrantes más vulnerables a saber, las mujeres, los niños y los ancianos. Un ejemplo de ello son los derechos de la infancia y la adolescencia, el año pasado el Consejo Superior de la Judicatura remitió 14 procesos de acceso carnal abusivo contra menores pertenecientes a una etnia a la justicia ordinaria, donde las penas oscilan de 12 a 20 años de prisión.

Ante la carencia o falta de leyes que orienten los conflictos entre la jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria para la solución de los conflictos se vienen analizando y tomando decisiones de acuerdo con las circunstancias de cada conflicto, esto tiene como consecuencia la dilatación del procedimiento penal y la necesidad de legislar para cada caso en particular ya que no existe una normativa general y objetiva.

Para el análisis de todos los casos en los cuales se vulneran los derechos fundamentales de las niñas que han sido objeto de delitos sexuales y para que se dé su debido procedimiento judicial. La JEI se debe conocer de manera explícita y taxativa todos y cada uno de los derechos que amparan a dichos sujetos procesales, debido a que si son cometidos estos tipos de delitos en persona vulnerable estos mutan en un delito agravado.

De este modo y para todos los demás casos en los cuales sean vulnerados los derechos fundamentales es necesario conocer, divulgar y hacer cumplir dichos derechos en todos y cada uno de los actores de la comunidad indígena (en especial en los sujetos que ejercen la autoridad al interior de la JEI), ya que como el delito de la agresión sexual, el acceso carnal abusivo, el acceso carnal violento, etc. es cometido en contra de un menor de edad y en nuestro caso una mujer menor de edad, es necesario revisar toda la legislación que blindo a estas personas ante los delitos. También revisar y analizar a las personas que pretendan actuar en su contra. Por esto es necesario auscultar los artículos inherentes a estos derechos en la Constitución Política, en los derechos humanos, en los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, y en la ley de infancia y adolescencia, ejercicio realizado en la investigación, pero reducido por razones de extensión, donde de manera taxativa y explícita se compromete al estado y a toda la sociedad en la defensa de los derechos de las menores de edad.

De esta manera, todos los indígenas son los que tienen que implementar las normas (principalmente las autoridades indígenas), deben conocer todos y cada uno de los derechos fundamentales, respetarlos y hacerlos respetar. Teniendo en cuenta lo anterior es el estado el que está en la obligación de hacer cumplir dichos derechos. En modo alguno puede permitir que la JEI tenga injerencia cuando se presente la vulneración de los derechos hacia una menor de edad de la comunidad desde el punto de vista sexual.

Si la JEI pretende establecer que tiene injerencia en algún caso en el cual se haya presentado la vulneración de los derechos de una niña deberá contar con todas las

herramientas y medios necesarios para hacer justicia en dicho caso, lo cual en este momento no es posible, ya que no cuenta con la multiplicidad de condiciones que debe cumplir para ser competente; por ello dichos casos deben pasar a la justicia ordinaria inmediatamente, es decir, que la JEI no debe ser ni autónoma ni idónea cuando se presentan este tipo de delitos en la jurisdicción territorial indígena.

No se trata de que el concepto de familia o de hogar de nuestra sociedad occidental sea copiado por las comunidades, pero sí de que en su interior no se ejerza de modo explícito e impune la violación de los derechos fundamentales por lo menos en personas vulnerables como los niños al interior de la comunidad.

3.1. Garantías para no vulnerar derechos

De esta manera se plantea acciones las cuales deberán ser asumidas por la JEI para garantizar que se haga justicia en los casos de violaciones en contra de menores de edad en las comunidades indígenas por parte de alguno de sus integrantes:

1. Conocimiento, divulgación y sensibilización a partir de programas con un impacto directo en la comunidad en derechos fundamentales contenidos en la constitución de 1991, derechos humanos, derechos de la mujer, ley de infancia y adolescencia y en especial en todos aquellos derechos y normas que protegen a las niñas de la comunidad contra violaciones y abusos sexuales, las cuales deben incluirse dentro de la normatividad de La JEI.

2. Debe existir un manual sobre cómo atender los casos de violencia sexual, donde se establezcan pautas claras acerca de cómo actuar ante este delito y los procedimientos y procesos que se dan al instaurar una demanda de este tipo.

3. Se deben establecer las penas y condenas respectivas a la contravención de dicha normatividad teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido y con el principio de proporcionalidad con la ley ordinaria.

4. La corte constitucional en la sentencia T-1238 de 2004 establece que: “para proceder a una jurisdicción indígena se requiere que la conducta que se ha puesto en conocimiento de dicha jurisdicción pueda ser reducida a un ámbito cultural en la calidad del sujeto activo y el sujeto pasivo de dicho territorio donde ocurrió la conducta y también que exista una autoridad regional que tenga las características de ejercer una sanción según las normas y procedimientos de la comunidad”.

5. El fuero indígena es procedente siempre que exista otro precedente dentro de una determinada comunidad indígena a través del cual exista un órgano encargado de brindar justicia en armonía con sus costumbres y prácticas.⁷⁶

6. Se debe dar que: “el delito haya sido dentro de los límites del resguardo indígena y que el sujeto activo y el sujeto pasivo hagan parte de dicha comunidad para poderse establecer una jurisdicción especial indígena”.⁷⁷

7. La JEI debe “garantizar la recolección de pruebas y análisis de las mismas por parte de una autoridad, además de la intervención de las distintas partes que conforman el proceso”⁷⁸, tener en cuenta también los hechos y sus antecedentes.⁷⁹

⁷⁶COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996. M.P; CARLOS GAVIRIA DIAZ.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-728 de 2002. M.P; JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-552-2003. M.P; Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

⁷⁷COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-667 de 1998. M.P; Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

⁷⁸ ECHANDIA, Hernando. “Principios fundamentales del derecho procesal penal”. Bogotá: ABC, 1981.

⁷⁹ POZO, José Hurtado. La reforma del proceso penal peruano. Friburgo, 2004.

8. Contar con la estructura física para el cumplimiento de la pena del infractor o en su defecto establecer con el INPEC los correspondientes convenios para que dichas condenas sean cumplidas en sus instalaciones, respetando la identidad y los derechos de la etnia a la cual pertenece el individuo condenado.

9. Contar con los entes encargados para allegar un material probatorio que conlleve a la culpabilidad del agresor como lo son las pruebas de ADN o el reconocimiento médico por parte de medicina legal, ente soporte del Ministerio de Justicia, entre otros peritajes.

10. Deben existir entes, estamentos indígenas representados por personas idóneas y preparadas para asumir los casos violencia sexual contra la mujer.

11. La denuncia debe ser presentada no solo por la víctima sino por cualquier integrante de la comunidad, y la negación de los derechos deben ser atendida por un ente superior.

12. Debe existir la debida protección de la víctima y de los testigos.

13. Se debe garantizar la atención integral a la víctima incluyendo la asesoría y apoyo psicosocial necesario.

14. Se debe garantizar la total reparación a la víctima.

15. La JEI debe formar líderes en el conocimiento y para la divulgación de los derechos fundamentales, derechos humanos, derechos de la mujer, de los niños y de los ancianos.

16. La JEI debe realizar convenios interinstitucionales con estamentos públicos, privados, ONG, etc. con el fin de fortalecer todos sus procesos de optimización de la JEI en especial en aquellos aspectos que tienen que ver con la defensa de los derechos fundamentales de todos los miembros de la comunidad.

17. La JEI debe contar con un presupuesto otorgado por la nación el cual garantice la consecución de una real la autonomía e idoneidad de la

JEI, que garantice el fortalecimiento de la Infraestructura jurídica de cada una de las comunidades del país.

3.2. Coordinación: una alternativa eficaz ante la impunidad en la JEI

Si la JEI no es optimizada en su totalidad de manera inmediata, lo cual es muy probable ya que son muchas las condiciones que se deben dar para que se alcance su real autonomía e idoneidad, entonces el estado, las comunidades indígenas, la JEI, la jurisdicción ordinaria, los políticos, las autoridades legislativas, las ONG's y todos los ciudadanos sensibles y comprometidos con el bienestar y la paz de nuestro país deberán propender por iniciar una transformación del estado de cosas que ocurren actualmente en dichas comunidades a través de diversas acciones, todas enfocadas en rodear y blindar los derechos que tienen las comunidades a disfrutar de su cultura en paz, donde exista la armonía y el respeto como valores inalienables a través de los cuales todos los seres humanos que las conforman puedan ser felices y disfrutar de su etnia, tal vez no como lo hacían antes de ser impactados tan negativamente por la sociedad occidental pero si bajo unas condiciones favorables que les garanticen sus derechos y les permitan alcanzar un nivel de vida digno y beneficioso a sus intereses de desarrollo y de equidad.

Las siguientes son las acciones que se plantean para que las comunidades indígenas puedan convivir en una comunidad que garantice sus derechos fundamentales y que tienen que ver con la relación existente entre la JEI y la justicia ordinaria como garantes de los derechos anteriormente mencionados:

- Fomentar y fortalecer “la coordinación entre ambas justicias para temas de género, ya que estos delitos no marcan la prioridad y siguen recibiendo un tratamiento muy marginal”.
- Realizar la intervención oportuna por parte de la justicia ordinaria en aquellos casos donde se puedan vulnerar los derechos fundamentales de las niñas de la comunidad indígena.

- Realizar la capacitación y formación de los funcionarios que van a intervenir en los procesos judiciales inherentes a la JEI.
- Se debe determinar entre el Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional quién puede conocer los casos de abuso sexual que pertenecen a resguardos cuando afecta a los menores de edad.
- El Ministerio de Justicia y el movimiento indígena deben mediar entre la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura para ponerse de acuerdo en torno a los mecanismos que van a utilizar para coordinar la JEI y la Justicia ordinaria.
- Tener presente la sentencia T-728/02 y la carta política en su artículo 287, la cual habla de: “la competencia que tiene la población indígena en cuanto a su jurisdicción indígena y el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria si lo creen necesario”.
- Sentencia T-552 DE 2003: “la Constitución colombiana señala que le corresponde a la ley establecer formas de coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema judicial nacional. Sin embargo, en esta sentencia se señaló que la ausencia de esa coordinación no era impedimento para que proceda la jurisdicción indígena, lo que permite que en cada caso particular en el que se presente un conflicto de competencia le corresponda al juez avanzar en el proceso para solucionar las dificultades que resultaran de la falta de razonamientos normativos”⁸⁰.
- El Estado colombiano debe ineludiblemente avanzar en la conformación y estructuración de una ley para la coordinación entre las dos jurisdicciones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas constitucionalmente, como lo ha venido exigiendo la Mesa Permanente de Concertación Indígena al

⁸⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2003. M.P; RODRIGO ESCOBAR GIL.

Ministerio del Interior y Justicia y al Congreso de la República. Si bien ya se han construido estrategias para coordinar acciones entre las dos jurisdicciones, estas son claramente insuficientes.

- Del contexto expuesto a lo largo de este proyecto de investigación se deduce que la coordinación entre las dos jurisdicciones es importante, pues podría generar los efectos positivos que se detallan a continuación:
- Se acataría la jurisprudencia, el Convenio 169 de 1989 y el mandato constitucional. Por ejemplo, la ordenanza sobre la construcción de una ley que coordinaría la JEI con el sistema judicial nacional, así mismo, el artículo 246 constitucional, según el cual: “las autoridades de los pueblos indígenas tienen la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial correspondiente, en aplicación de sus normas y procedimientos consuetudinarios, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución y las leyes colombianas.”
- Las decisiones de una u otra jurisdicción empezarían a tener en la práctica igual valor jurídico frente al Estado colombiano; es decir, las decisiones sancionatorias o procedimentales que acojan las autoridades indígenas para impartir justicia en un asunto de su competencia tendría igual validez y legitimidad que las decisiones tomadas por los jueces ordinarios en casos de indígenas donde tengan competencia para intervenir.
- Se propiciaría que se entendiera que el dilema para coordinar las dos jurisdicciones pasa por superar los discursos de autonomía vs justicia y hacer compatibles los fundamentos imperativos del Estado Social del Derecho, pluralismo-monismo, pues en la práctica lo que ocurre es una especie de ejercicio de negación al pluralismo por parte de juristas monistas.
- Se empezaría a entender por parte de los funcionarios de la justicia ordinaria cuáles son sus límites y casos en que pueden intervenir, a la vez, la autonomía y autodeterminación legítima que tienen los pueblos indígenas para administrar

justicia, como lo ha reconocido la Corte Constitucional al referirse a este derecho como fundamental.

- Las autoridades y funcionarios que actúen en el marco de la administración de justicia podrían ejercer sus funciones de forma más eficiente y efectiva.
- Se superarían y/o reduciría la frecuencia de conflictos entre las dos jurisdicciones.
- Se disminuiría el alto impacto en los sistemas propios por la imposición de leyes y demás conflictos con la Jurisdicción Ordinaria.
- La JEI, con sus sistemas jurídicos, de derecho propio y sancionatorio, se fortalecería como respuesta a las comunidades indígenas que habitan y conciben el territorio de una manera diferente y tienen formas propias de administrar justicia y mantener el orden social a partir de sus usos y costumbres. Cada pueblo indígena fortalecería su propio sistema jurídico, a su vez, aumentaría el nivel de confianza sobre las decisiones de este.
- Las dos jurisdicciones podrían consolidarse como sistemas de aplicación de justicia enmarcados en el respeto y protección de los derechos humanos de unos y otros.
- Como mínimo la Ley de Coordinación deberá partir de la identificación de puntos de encuentros, la observancia de los límites de una y otra y la redefinición de cuándo, en qué casos interviene una en la otra y con qué procedimientos o protocolos.
- La coordinación de las dos jurisdicciones podría: “originar que las comunidades indígenas se empoderen de la administración y aplicación eficiente de justicia; mediante la participación, la concertación comunitaria, las modificaciones de prácticas sancionatorias, las ampliaciones de castigos, el respeto de derechos humanos, la escritura de sus reglamentos internos, y la formación profesional de sus jóvenes para que articulen con las instituciones del orden nacional”.

- El fortalecimiento de los sistemas propios es deseable no sólo para perfeccionar la coordinación entre jurisdicciones sino, además, para que la administración de justicia indígena sea valorada, aceptada, legitimada y protegida por los occidentales y los mismos indígenas. En la actualidad el debilitamiento de la justicia propia es evidente; incluso es creciente la voz de los indígenas que creen que incentiva la impunidad, algunas comunidades e individuos acuden con frecuencia a Jurisdicción Ordinaria para resolver sus asuntos o para que se aplique justicia y/o algunos pueblos han variado sus costumbres haciéndolas más parecidas a las de la sociedad mayoritaria.
- La coordinación de las dos jurisdicciones propiciaría la realización de diálogos permanentes, dirigidos a encontrar puntos de encuentro sobre mecanismos conjuntos que permitan la erradicación de la violación de los derechos humanos al momento de impartir justicia a indígenas por parte de autoridades indígenas y a indígenas por occidentales.
- Esta coordinación, así mismo, permitiría un diálogo de doble vía que permita aprendizajes mutuos sobre los derechos humanos, cuáles son, cómo se respetan, cuáles son los límites de la actuación para una u otra jurisdicción y cuál es la importancia de respetarlos. Sin que dicho consenso sobre los derechos humanos implique la intromisión de una en los sistemas de la otra jurisdicción o la transformación de la esencia de la Jurisdicción Indígena.
- La coordinación entre las dos jurisdicciones permitiría que las autoridades indígenas y los jueces se obliguen a ejercer sus funciones de forma más eficiente para satisfacer demandas particulares de aplicación de justicia.

De este modo se finaliza la presente investigación, argumentando de manera suficiente que la coordinación entre las dos jurisdicciones afecta directamente a las comunidades indígenas. Es esencial y primordial la ayuda recíproca entre estas jurisdicciones para poder garantizar, por lo menos hasta que la JEI sea optimizada en su total o parcialmente, que los integrantes de la comunidad indígena en su

totalidad puedan gozar de la plena seguridad de que sus derechos fundamentales bajo ninguna circunstancia podrán ser vulnerados ni desconocidos para que se pueda ejercer la justicia y la paz entre el estado y las comunidades indígenas.

CONCLUSIONES

A partir de las distintas maneras de las cuales la población indígena en América Latina fue perdiendo su autonomía y autodeterminación. Se explica cómo se fueron conformando dichas comunidades hasta el día de hoy en resguardos y en últimas, como se conformaron las actuales jurisdicciones territoriales en las cuales se les concede el derecho sobre determinados territorios donde los indígenas pueden convivir de manera supuestamente autónoma. De poseer todo un sistema legislativo, estructurado y eficiente a ser obligados a acatar y a restringirse a unas leyes y a un sistema jurídico que en nada los privilegiaba y que al contrario iba en contravía de su bienestar y su desarrollo, el cual los casi los aniquiló por completo y los relegó a la más baja esfera del orden jurídico, político y social.

Si bien la Constitución del 91' les brinda a las comunidades indígenas la oportunidad de ser autónomas, es necesario generar toda una discusión en torno a si son realmente autónomas y para ello la JEI tiene que ser revisada, ya que en estos momentos requiere de muchos ajustes sin los cuales es improcedente y no se ajusta en determinados aspectos a la constitución.

La optimización de la JEI se puede lograr a través de un proceso paulatino en donde se identifiquen todos y cada uno de los aspectos en los cuales se debe mejorar. En donde se comience a trabajar asiduamente en su reestructuración; o de manera integral, por ejemplo, creando comisiones calificadas, las cuales apunten al mejoramiento en los diferentes aspectos en las cuales se debe trabajar.

Desde el punto de vista estatal debe existir una gran disposición de recursos para que se dé la optimización propuesta a la JEI y para que esta ejerza la real función para la cual fue creada, de impartir justicia con equidad y de garantizar los derechos fundamentales en todos los integrantes de la comunidad indígena, tanto económicos, humanos, logísticos, y de muchas otras índoles ya que como se expuso en el capítulo III son muchas las acciones que se deben realizar en torno a la JEI.

La JEI es un logro importante de las comunidades indígenas quienes a través de la constitución del 91 pudieron lograr su reivindicación social y el reconocimiento de todos sus derechos; por ello dicha JEI debe ser defendida de manera asidua y fervorosa no solo por la comunidad indígena sino por todos los colombianos ya que es un reconocimiento a su identidad, a su autonomía y a su capacidad de autodeterminación.

En el primer capítulo se señaló la importancia de la trascendencia que tiene la Constitución Política del año 1991 en el devenir histórico de las comunidades indígenas, ya que a través de este recorrido histórico es que se puede realmente vislumbrar el logro tan grande que se alcanzó a través de la historia, la lucha de clases y de la búsqueda constante de sus miembros por su reivindicación, y lograr así hacer reconocer a las comunidades indígenas por lo menos su autodeterminación, ya que nunca se les podrá resarcir y retribuir en modo alguno todo el daño y la destrucción que les generó en la “civilización”, desde el descubrimiento hasta nuestros días.

Es aquí donde radica el foco de atención de la presente investigación: las comunidades indígenas ancestralmente poseían una legislación y un sistema judicial que garantizaba el orden y su desarrollo y luego, a partir de los procesos históricos de dominación y desarraigo producto del coloniaje tuvieron que supeditarse a la ley blanca u occidental, la cual desconoció y vulneró hasta finales del siglo XX todos sus derechos, y de nuevo tienen la oportunidad de autodeterminarse jurídicamente gracias a la Constitución de 1991; entonces es necesario que el logro alcanzado a través de la consecución de la JEI sea blindado a través de la optimización de dicha jurisdicción, para que esta se ajuste completa y definitivamente a la Constitución y a la vez garantice la defensa de los derechos fundamentales en todos los miembros de la comunidad para que no tenga que ser intervenida por la ley ordinaria y de este modo se pueda convertir en lo que realmente debe ser, una justicia independiente, autónoma, eficaz e idónea jurídicamente.

Es a través de esta mirada histórica que se puede reconocer que la JEl es un gran logro para dichas comunidades y que se debe continuar en su perfeccionamiento ya que si bien, genera un gran proceso de reivindicación de derechos, también es necesario que sea sometida a una evaluación para que sea realmente eficaz en el tratamiento de todos los actos punibles que se presentan al interior de la comunidad y que si va a ser realmente autónoma e independiente de la justicia ordinaria, debe ser reformulada y ajustada en múltiples aspectos a la constitución ya que en modo alguno puede desconocer la carta política ni estar apartada de esta.

De esta manera, en el segundo capítulo de este trabajo, se asume que debe existir una relación entre ambas jurisdicciones. Pero esta posibilidad radica fundamentalmente en un compromiso real y urgente por parte del estado, los entes políticos y jurídicos del país que tienen injerencia directa en la legislación colombiana, ante la necesidad de transformar y mejorar el sistema jurídico, para optar por una actitud de disposición ante la optimización de la JEl.

La JEl debe ser reestructurada en todos aquellos aspectos en los cuales es intervenida por la justicia ordinaria y así como se planteó su re direccionamiento en torno a las violaciones de las menores de edad al interior de las comunidades, también es necesario realizar su replanteamiento en torno a la aplicación de su sistema jurisdiccional en torno a todos aquellos derechos fundamentales que son vulnerados al interior de las comunidades indígenas.

De igual manera, la presente investigación ejerce una función importante para que se dé el fortalecimiento, la autonomía y la idoneidad de la JEl ya que hace aportes, crea un sendero a través del cual se puede iniciar el proceso de optimización y fortalecimiento de la JEl.

Es por eso que en el tercer capítulo se hace mención de que debe existir una gran sensibilización a las comunidades indígenas, en torno a la necesidad de optimizar y fortalecer la JEl a través del reconocimiento de los derechos fundamentales como inalienables, que debe realizarse una gran formación en diferentes aspectos

inherentes a la promoción, divulgación y defensa de dichos derechos en toda la comunidad indígena. También debe existir así una gran disposición por parte de toda la comunidad indígena para que no se dé la resistencia a la transformación y al mejoramiento en materia de justicia.

Los mismos Mayas, tenían muy en claro que la violación a personas tan vulnerables como las mujeres menores de edad dentro de una comunidad debía ser castigada de manera ejemplarizante y que los derechos de los intereses comunes debían prevalecer sobre los derechos individuales.

Se considera que mientras la JEl experimenta todo el proceso de transformación tendiente a ser optimizada y ajustada para que obtenga su real independencia de la justicia ordinaria debe existir toda una infraestructura judicial y normativa que garantice a todos los miembros de la comunidad la defensa de sus derechos fundamentales a través del fortalecimiento de la ley de coordinación entre las dos jurisdicciones que afectan e imparten justicia el interior de las comunidades indígenas a saber, la JEl y la justicia ordinaria.

Los pueblos indígenas a su vez tienen que reconocer que, si bien dicha jurisdicción es un logro sumamente importante, tiene que abrigar también la defensa de los derechos fundamentales para que no sea la justicia ordinaria la que tenga que intervenir cuando dichos derechos se vulneran al interior de la comunidad, sino que en su jurisdicción debe estar contemplada la normativa para tratar su vulneración.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMARGO, Diana Rocío Bernal. Jurisdicciones constitucional y especial indígena colombianas. Diálogos de saberes. 2009.
- BLANCO, Jacqueline Blanco. Administración de justicia en la jurisdicción especial indígena. Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales. 2007.
- BLANCO, Jacqueline Blanco. Implicaciones del conflicto armado interno en el desarrollo y evolución de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales. 2006.
- ARBELAEZ, Lucía. La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional: Consejo Superior de la judicatura de Colombia y Fundación Myrna Mack de Guatemala. Justicia de paz y derecho indígena: análisis y propuestas de coordinación. En línea: Disponible en: <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/21LucaArbelaez.pdf>. 2004.
- CASTRO, Jorge. Los derechos humanos y la Jurisdicción Especial Indígena Criterio jurídico garantista. ISSN: 2145-3381 - Año 2 - No. 3 – Julio - diciembre de 2010. En: http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista3/6jorgecastro.pdf 2010.
- COLUMBA MARIA DEL SOCORRO, Melania del Carpio Rodríguez. Tesis doctoral: “El Pluralismo Jurídico, Derecho Humano a la Identidad Cultural y Globalización”.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Convenio 169 Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Proyecto Fortalecimiento de la Capacidad de Defensa Legal de los Pueblos Indígenas

en América Central, Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Oficina en Colombia.

- GIRALDO ÁNGEL, Jaime. Los supuestos teóricos de la investigación socio jurídica. [En línea] Disponible en: http://www.redsociojuridica.org/documentos/supuestos_teoricos_investigacion_sociojuridica.pdf (Consultado: febrero 27 de 2009).
- LÓPEZ ALTAMIRANO, Mauro Fernando. La Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción ordinaria: problemas de competencia. Tesis de Maestría. 2013.
- HENAO, J. & PINEDA, C. Proyecto Embera Wera. Una experiencia de cambio cultural para la eliminación de la ablación genital femenina y la promoción de los derechos de mujeres Embera de los municipios de Mistrató y Pueblo Rico del Departamento de Risaralda. Bogotá D.C., Naciones Unidas. 2010.
- HOLGUIN, Sarria A. Los indígenas en la constitución colombiana. Bogotá D.C: Fundación para la investigación y la cultura FICA. 1997.
- MARRUGO NUÑEZ, N. Multiculturalismo, derechos humanos y derechos de los indígenas en Colombia. Práctica de la ablación en las niñas de la tribu Embera Chamí, Justicia Juris, 10 (1), Pág. 32-42. 2014.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS: Bases conceptuales de la Jurisdicción Especial Indígena. Bogotá, D.C. 2003.
- QUINTERO CALVACHE, Juan Carlos. El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica. En: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/356/1210>. 2011.

- SANCHEZ BOTERO, E. & JARAMILLO SIERRA, I. C. La Jurisdicción especial indígena en Colombia. (2ª ed.). Bogotá, Instituto de estudio del Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación. 2007.
- UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA, FACULTAD DE DERECHO. Jurisdicción Especial Indígena en Colombia: Un estudio comparado con la jurisdicción ordinaria. Bogotá, D.C. 2011.
- ARBELÁEZ, Lucia. La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. Guatemala. 2004.
- ARIZA, L. J. Identidad indígena y derecho estatal en Colombia. Bilbao: Cuaderno de derechos humanos. 122 – 123. 2004.
- BURGOS, F. E. Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver. Revista Derecho del Estado, 21, 95-108. 2008.
- CASTRO, Jorge. Los derechos humanos y la jurisdicción especial indígena. Revista Criterio Jurídico Garantista, 3, 114-121. 2010.
- COLMERANES, Ricardo. Los derechos de los pueblos indígenas. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana .2001.
- COLMENARES, Germán. "Región nación: problemas de poblamiento en la época colonial", Revista de Extensión Cultural 27-28 (1988): 6-15.
- DEVIS, ECHANDÍA, H. (2009). Nociones generales de derecho procesal civil, (2ª ed.). Bogotá D.C.: Temis.
- DÍAS VASCONCELOS, Luis Antonio. Norma e institución jurídica maya. Guatemala, Instituto de Investigaciones Científicas, Universidad de San Carlos, 1953, N.º 9.
- ECHANDÍA, Hernando. Principios fundamentales del derecho procesal penal. Bogotá: Ed. ABC, 1981.

- ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad y el estado. México. Fondo de Cultura Económica, 1987. 46 – 47.
- GONZÁLEZ, Juan de Dios. El sistema jurídico maya -una aproximación. Guatemala, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES), Universidad Rafael Landívar, 1998, pp. 25 y 26.
- GONZÁLEZ, Margarita. El resguardo en la Nueva Granada (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1970.
- HERNÁNDEZ, Julio. Realidad jurídica del indígena guatemalteco. Guatemala: Universitaria USAC .1965.
- HOLGUÍN, A. *Análisis del nuevo Concordato*, Ed. de la Rev. Derecho Colombiano, Bogotá. 1973.
- MARX, Carlos. El Capital. Madrid: Alianza, 1977.
- OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- PADGEN, Anthony. La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etnología comparativa (Madrid: Alianza América, 1988. 108.
- QUINTERO CALVACHE, Juan Carlos. El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica, Santiago de Cali. 2011.
- ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *Lecciones de derecho procesal: Teoría del proceso*. Bogotá: Escuela de Actualización Jurídica –ESAJU-. 2013. PP. 267-268.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. Los pueblos indígenas y sus derechos. México: UNESCO. 2009.
- SÁNCHEZ, Esther y JARAMILLO, Isabel. La Jurisdicción Especial Indígena. Santa Fe de Bogotá: 1999.

- VÁSQUEZ CARRIZOZA, Alfredo. *El concordato de Colombia con la Santa Sede: Julio 12 de 1973*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Bogotá 1973.
- URQUIJO, José Ignacio. *Teorías de las relaciones sindicato-gerenciales*. Universidad Católica Andrés, 1995.

NORMATIVIDAD

- ARCHIVO GENERAL DE INDIAS (AGI), Sevilla, Fondo Quito 12, Ramo 77, f. 1v.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA RÉPUBLICA. Ley 89 (25 de noviembre 1890). por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1890.
- COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Revisada y actualizada. Bogotá: Leyer. 1991.
- CORREA VIDAL, E. & Muelas Mosquera, J.R. Leyes indígenas. 1993.
- EL FUERO Y LA JURISDICCIÓN PENAL ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA, Referentes teóricos que han guiado la solución. [En línea] disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_10.pdf. 2006.
- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1088 (10, junio, 1993). Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1993.
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC). Programa: Apoyo a la Coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena. Bogotá D.C. 2003.
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC). Compilación y selección de

los fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980-2006. (1ª ed.). Bogotá: Legis. 2006.

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: Resolución 217 A (III) por la cual se adopta y proclama la declaración Universal de los derechos humanos. Recuperado de www.humanium.org/es/derechoshumanos-1948/. 1948.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25 por la cual se adopta y ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño. Entra en vigor el 2 de septiembre de 1990. Recuperado de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. 1989.

JURISPRUDENCIA

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 496/1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 728/2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 552/2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 667/1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 254/1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 552/2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 617/2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 921/2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 349/1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 523/1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 127/2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

- COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sentencia 2012-00136. M.P. José Ovidio Claros.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Tutela STC7111. M.P. Margarita Cabello Blanco.